

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
ÉTUDE HISTORIQUE
SUR
L'OBLIGATION DE RÉPARER LE DOMMAGE
CAUSÉ PAR UN FAIT ILLICITE

DROIT FRANÇAIS
DU
RAPPORT EN MOINS-PRENANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le jeudi 15 Décembre 1887, à 1 heure

PAR

Louis LE SUEUR

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

(Droit Romain, 3^e mention, 1883; Droit Civil, 3^e mention, et Droit Commercial, 2^e mention, 1884)

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

(2^e mention, 1884).

Président : M. GÉRARDIN, professeur.

Suffragants : { MM. RATAUD, professeur.
COLMET DE SANTERRE, professeur, doyen.
LÉON MICHEL, agrégé.

LAVAL
IMPRIMERIE ET STÉRÉOTYPAGE E. JAMIN
41, Rue de la Paix, 41.

1887



FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
ÉTUDE HISTORIQUE
SUR
L'OBLIGATION DE RÉPARER LE DOMMAGE
CAUSÉ PAR UN FAIT ILLICITE

DROIT FRANÇAIS
DU
RAPPORT EN MOINS-PRENANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le jeudi 15 Décembre 1887, à 1 heure

PAR

Louis LE SUEUR

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

(Droit Romain, 3^e mention, 1883; Droit Civil, 3^e mention, et Droit Commercial, 2^e mention, 1884)

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

(2^e mention, 1884).

Président : M. GÉRARDIN, professeur.

Suffragants : { MM. RATAUD, professeur.
COLMET DE SANTERRE, professeur, doyen.
LÉON MICHEL, agrégé.

LAVAL
IMPRIMERIE ET STÉRÉOTYPAGE E. JAMIN

41, Rue de la Paix, 41.

1887



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547920_0008

TABLES

DROIT ROMAIN

ÉTUDE HISTORIQUE SUR L'OBLIGATION DE RÉPARER LE DOMMAGE

CAUSÉ PAR UN FAIT ILLICITE

§ 1.

INTRODUCTION

I. — Généralités sur la loi Aquilia.

§ 2.	La loi Aquilia, sa date. Dispositions qui nous sont connues. But de la loi.....	6
§ 3.	La législation antérieure à la loi Aquilia. Dispositions législatives qui ont survécu à cette loi, relativement aux dommages causés aux biens.....	11
§ 4.	De l'action née de la loi Aquilia.....	16
§ 5.	Procédure de l' <i>actio legis Aquiliae</i>	21

II. — De la loi Aquilia en elle-même.

	CHAPITRE I. — Conditions requises pour la naissance de l' <i>act. l. Ag.</i>	26
§ 6.	SECTION I. — Nécessité d'un dommage. Répression du dommage moral.....	26
§ 7.	SECTION II. — Absence de droit chez celui qui cause le dommage.....	30
§ 8.	De la <i>cautio damni infecti</i>	34
§ 9.	SECTION III. — Matérialité du dommage causé.....	38
§ 10.	Le dommage doit résulter du fait de l'homme.....	39
§ 11.	Le dommage doit consister en une lésion matérielle..	43
	CHAPITRE II. — De l'exercice de l' <i>act. l. Ag.</i>	46
	SECTION I. — Sujet actif de l'action.....	46
12.	A. — A qui elle appartient.....	46
§ 13.	B. — Du défaut d'intérêt qui peut se rencontrer chez le titulaire normal de l'action.....	47

	SECTION II. — Sujet passif de l'action	51
§ 14.	A. — De l'exercice normal de l' <i>act. l. A. eq.</i>	51
§ 15.	B. — De diverses circonstances qui peuvent influencer sur l'exercice de l'action.....	52
§ 16.	a). — Noxalité. De l'action de <i>pauperie</i>	53
§ 17.	b). — Intransmissibilité passive.....	57
§ 18.	c). — De la responsabilité collective des co-auteurs du délit de la loi <i>Aquila</i>	59
§ 19.	d). — De l'existence de relations juridiques entre l'au- teur et la victime du délit.....	61
§ 20.	α). — Des relations naissant d'un autre fait délictueux commis par l'auteur du <i>damnum</i>	62
§ 21.	β). — Des relations naissant d'un contrat intervenu entre l'auteur et la victime du délit.....	68
	SECTION III. — Résultat de l'action de la loi <i>Aquila</i> .	
§ 22.	Détermination de la <i>pœna</i> ; de l' <i>inficiatio</i> du défen- deur.....	80
§ 23.	III. — Des extensions et des compléments de la loi <i>Aquila</i>	83
	CHAPITRE I. — L' <i>act. l. Ag.</i> accordée à d'autres qu'au propriétaire.....	83
§ 24.	SECTION I. — Action fictive <i>utilis l. Ag.</i> accordée au périgrin.....	83
§ 25.	SECTION II. — Action donnée aux titulaires d'autres droits réels que la propriété et au possesseur de bonne foi.....	84
§ 26.	SECTION III. — Action donnée à l'homme libre atteint dans sa personne physique	85
§ 27.	CHAPITRE II. — L' <i>act. l. Ag.</i> étendue à des dommages causés sans qu'il y ait une relation matérielle entre l'auteur de la lésion et l'objet lésé.....	86
§ 28.	Aggravation de la répression dans une hypothèse par- ticulière.	88
§ 29.	CHAPITRE III. — Des actions destinées à réparer à ré- le dommage causé au patrimoine sans qu'il y ait lésion matérielle.....	90
§ 30.	SECTION I. — Les actions du vol.	91
§ 31.	SECTION II. — L'action de <i>servo corrupto</i>	93
§ 32.	SECTION III. — L'action de sol et les actions <i>in factum</i>	93
§ 33.	SECTION IV. — Les <i>condictiones sine causæ</i>	100
§ 34.	IV. — Les actions en réparation depuis le Droit Romain.....	103
§ 35.	Le Droit Canon.	104
§ 36.	L'usage des Parlements.	108

DROIT FRANÇAIS

DU RAPPORT EN MOINS-PRENANT

INTRODUCTION

113

I. — Cas d'application du rapport en moins-prenant

	CHAPITRE I. — <i>Le rapport des donations mobilières..</i>	119
§ 1.	Donations de choses fongibles.....	119
§ 2.	Donations de meubles corporels non fongibles.....	120
§ 3.	Donations de meubles incorporels.....	122
§ 4.	Des avantages indirects.....	130
	CHAPITRE II. — <i>Le rapport des donations immobilières.</i>	134
§ 1.	Hypothèse où il existe d'autres immeubles dans la succession.....	134
§ 2.	Hypothèse où le mode de rapport en moins prenant est indiqué dans l'acte de donation.....	137
§ 3.	Hypothèse où le donataire a aliéné l'immeuble donné.	138
§ 4.	Hypothèse où l'immeuble a péri par la faute du donataire.....	143
§ 5.	Du droit de rétention qui aux termes de l'art. 867 appartient au donataire.....	145
	CHAPITRE III. — <i>Du rapport des legs.....</i>	147
	CHAPITRE IV. — <i>Du rapport des dettes.....</i>	154
	CHAPITRE V. — <i>Le rapport et la réduction.....</i>	155
	CHAPITRE VI. — <i>Le rapport et l'imputation due par les enfants naturels.....</i>	160

II. — Fonctionnement du rapport en moins-prenant. 165

	CHAPITRE I. — <i>Des procédés dont l'emploi constitue un rapport en moins prenant.....</i>	165
§ 1.	Des prélèvements qui peuvent être opérés par les co-héritiers du donataire, envisagés comme procédé normal pour effectués le rapport.....	165

§ 2.	Théorie qui indique comme procédé normal pour effectuer le rapport en moins prenant le versement d'une somme d'argent.....	169
§ 3.	Du procédé à appliquer au cas où il s'agit de rapporter une dette.....	174

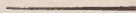
CHAPITRE II. — *Evaluation de la valeur à rapporter.*

SECTION I. — Détermination du capital dont le rapport est dû.....

§ 1.	Evaluation du capital à rapporter au cas où il s'agit de donations mobilières.....	175
§ 2.	Evaluation de la valeur à rapporter au cas où il s'agit de donations immobilières.....	176
		188

SECTION II. — Des fruits et des intérêts.....

Positions.....	203
-----------------------	------------



DROIT ROMAIN

ÉTUDE HISTORIQUE

SUR

L'OBLIGATION DE RÉPARER LE DOMMAGE

CAUSÉ PAR UN FAIT ILlicITE

INTRODUCTION

§ 1. — I. Les solutions que contiennent les textes du droit romain causent quelquefois à celui qui les étudie un certain étonnement ; il y a des règles bizarres que la raison ne semble pas justifier. Une hypothèse est féconde en explications vraisemblables pour ces problèmes ; c'est l'hypothèse qui place aux origines du droit romain un système assez semblable au système des *compositions*, qui fonctionna pendant quelque temps dans les royaumes barbares fondés après les invasions.

Aux époques reculées où il faut se placer, les sociétés humaines sont encore à l'état rudimentaire (1) ; les relations entre les hommes échappent à la surveillance d'un pouvoir social organisé, les injustices qui se commettent appellent toutes le même genre de répression, une répression violente quand elle est possible, réaction naturelle du sentiment du droit lésé.

1. Nous ne prétendons pas que l'époque où fonctionna le système des *Compositions* ait été une de ces époques préhistoriques auxquelles nous nous reportons. Ce n'est qu'un point de repère, qui permet d'entrevoir ce que purent être ces âges lointains. Les causes analogues produisent des effets semblables ; le pouvoir social est faible, les hommes violents : ces deux facteurs avaient amené la naissance ou le maintien du système des *compositions*, comme ils avaient dû l'amener jadis.

Le jour où le pouvoir social organisé sentit le besoin d'éviter les troubles que causaient les froissements dus aux injustices inévitables, il prit un système que devait dès lors lui indiquer l'usage courant. Les individus lésés dans leur droit et assez forts pour le faire respecter, devaient assez souvent, au lieu de recourir à une vengeance corporelle, se borner à exiger une satisfaction pécuniaire (1). La société intervint pour déclarer à la victime d'un fait illicite qu'elle devrait se contenter, dans un certain nombre de cas, du paiement d'une valeur déterminée ; pour déclarer à l'auteur du fait, qu'il devrait opérer le paiement et qu'elle l'y contraindrait : l'obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite était née. Elle revêt, sans doute, à cette époque, un caractère tout particulier ; ce que l'auteur du fait doit payer, c'est une *pœna*, somme destinée à acheter la paix, à apaiser le sentiment d'irritation conçu par la victime, somme mesurée en conséquence sur le degré d'irritation qu'a dû concevoir la victime du fait (2). Ce n'en est pas moins l'obligation à la réparation du dommage ; le plus souvent l'irritation conçue se mesure au dommage ; il en est parfois autrement, mais c'est l'exception...

Ce caractère ancien a persisté toujours en droit

1. Nous ne voulons pas dire une satisfaction en argent.

2. Jhering, la Faute en Dr. Pr. R. trad. de Meulenaere, p. 19. Esprit du Drt. R. §§ 11, 12.

romain, et c'est là ce qui explique nombre de décisions qui nous frappent aujourd'hui ; ce caractère, s'est sans doute modifié sur quelques points, mais alors il a agi dans un autre sens, ce qui a conduit à des décisions tout aussi extraordinaires pour nous : je veux parler des peines privées. L'idée primitive, qui motive la *pæna* due par l'auteur à la victime du fait illicite, disparaît et fait place à cette idée nouvelle : la société, intéressée à ce que la justice soit observée dans les rapports entre les hommes, charge la victime du fait illicite de réclamer une *pæna* ; la *pæna*, c'est alors la peine au sens actuel du mot, destinée à châtier le coupable. Elle sera tantôt corporelle, comme elle l'était quelquefois, alors même qu'on suivait le système des *compositions* ; tantôt pécuniaire, et dans ce cas, sera attribuée à la victime du fait illicite, comme l'était également la *compositio*. Bien entendu l'idée nouvelle n'a pu chasser complètement l'idée ancienne.

Cette idée nouvelle a dû être le point de départ d'une autre évolution : l'intérêt social va être distingué de l'intérêt privé et devra obtenir une certaine satisfaction, distincte de la satisfaction due à l'intérêt privé.

L'évolution, ici encore, n'a pas été complètement achevée ; les deux intérêts sont demeurés enchevêtrés dans nombre de cas, et dans la même action appartenant à la même personne, le jurisconsulte fera prédominer tantôt l'intérêt privé, tantôt l'intérêt so-

cial. C'est notre ancien droit qui parviendra à démêler les deux questions ; les auteurs du XVIII^e siècle distingueront, non sans peine, il est vrai, l'action qui tend à l'application de la peine et celle qui tend uniquement à la réparation du dommage. Et tout ce long travail aboutira enfin à la rédaction des articles 4 et suivants, du Code des délits et des peines de Brumaire an IV. Désormais, de tout fait illicite naît une action civile en réparation, s'il y a un dommage causé, une action publique tendant à l'application d'une peine, si la société est intéressée à la répression de ce fait.

II. Si le mode de sanction du fait illicite a varié à travers les siècles, la notion même du fait illicite a subi des modifications. Le fait illicite à l'origine, c'est tout fait dommageable ; peu importe qu'il y ait ou non faute chez l'auteur du fait ; c'est le sentiment d'irritation chez la victime qui sert de base à l'obligation de l'auteur du fait, et ce sentiment est sensiblement le même, que l'auteur du fait doive ou ne doive pas être déclaré responsable.

A cet égard, l'évolution semble avoir été à peu près complète dans le droit romain ancien. On n'est plus tenu de réparer le dommage causé par un fait illicite que s'il nous est imputable à faute ; et les Romains suivent un raisonnement rigoureux dans cette matière.

III. A un autre point de vue la notion de fait illicite s'est restreinte ; le fait illicite comprend à l'origine

toute injustice soufferte, qu'elle ait sa base dans la violation d'un droit opposable à tous, ou d'un droit né d'une convention intervenue entre la victime et l'auteur du fait. Quand la société trouvait que le rapport de droit qui liait deux parties devait être sanctionné, elle déclarait la victime de la violation créancière d'une *pœna*. Ce n'est que peu à peu qu'elle comprit qu'elle devait se désintéresser de la question; elle créa des moyens d'obtenir une satisfaction adéquate à l'intérêt lésé, le caractère pénal de la satisfaction obtenue disparut presque complètement. Et cependant encore ici on peut retrouver en Droit Romain trace de la conception primitive; il y a des conventions créatrices de droits qui ne sont sanctionnées que par des actions pénales; il y a des actions contractuelles et quasi-contractuelles où l'on sent encore l'influence de la théorie ancienne.

IV. Toute la théorie romaine de l'obligation à la réparation du dommage peut se grouper autour de la loi Aquilia. Partie d'un point de vue assez étroit, elle s'élargit par des extensions successives; et sans doute les compléments que la coutume ou le préteur y apportèrent ne présentent pas toujours avec elle un grand air de famille, et pourraient recevoir des développements spéciaux; mais la doctrine avait fait de la loi Aquilia une théorie considérable qui fut en somme le germe le plus important de la responsabilité du fait délictueux.

GÉNÉRALITÉS SUR LA LOI AQUILIA.

§ 2. — *La loi Aquilia, sa date. — Dispositions qui nous sont connues. — but de la loi.* — La loi Aquilia, malgré ce nom de loi, est un plébiscite (1), proposé par le tribun du peuple Aquilius (2). Il fut porté à une époque certainement assez ancienne (3); bien des dates ont été mises en avant; celle qui reste la plus probable est la date que l'on détermine d'après le passage de Théophile (4), qui nous apprend que le plébiscite fut voté à l'époque des dissensions entre patriciens et plébéiens, ce qui ne peut désigner que la dernière des retraites du peuple : 468 R. C., la retraite qui précéda (305 R. C.) étant trop proche de la promulgation des XII Tables pour que des Romains aient pu penser à modifier

1. F. 1, § 1 D. h. t. — Au Dig., h. t., liv. IX, tit. II; au Code liv. III, tit. XXXV; aux Inst., l. IV, tit. III.

2. Personnage différent du jurisconsulte Aquilius Gallus, l'ami et le contemporain de Cicéron. La *I. Aq.* est en effet appliquée par le jurisconsulte Brutus (f. 27, § 22, h. t.) qui vivait tout au commencement du VII^e siècle de Rome, par conséquent un peu avant Aquilius Gallus.

3. La langue que parle la loi en est une preuve : *herus* pour *dominus*, etc.

4. Sur le § 15, I, h. t.

cette loi. Ce ne sont d'ailleurs là que des conjectures (1).

L'antiquité hors de doute de ce plébiscite suffit pour expliquer que son texte ne nous soit pas parvenu intégralement. Nous savons qu'il était divisé en chapitres; la teneur même du premier et du troisième semble bien nous avoir été rapportée par Gaius (2) et Ulpien (3). L'objet du second ne nous est connu que depuis la découverte des Institutes de Gaius. Enfin il semble que les trois chapitres ne dussent pas composer à eux seuls toute la loi; Cicéron (4) nous signale une *multæ petitio*, action en paiement d'une amende, qui paraît s'être exercée par une accusation publique, et aurait complété le système de protection de la propriété. Les renseignements nous font défaut sur ce point; en tout cas, il y avait là une action exclusivement pénale, au sens actuel du mot, ce qui sort tout à fait de notre sujet. Nous savons aussi qu'il y avait dans la loi une disposition pour le doublement au cas d'*infinitio* (5), peut-être quelque chose de relatif aux voies d'exécution (6).

Les trois chapitres qui nous sont connus prévoyaient certains dommages causés à notre patrie.

1. Cette date de 468 ou 467 est adoptée par M. Cuq. R. H. p. 549, année 1886.

2. Fr. 2, pr. h. t.

3. Fr. 27, § 5, h. t.

4. Brutus, § 131.

5. Fr. 2, pr. h. t.

6. G. C. IV, § 21.

moine par l'atteinte soit au droit de propriété (I^{er} et III^e chapitre), soit au droit d'obligation (II^e chapitre).

Le deuxième chapitre, tombé en désuétude, disent les Institutes, et qui avait fait l'objet de vaines conjectures jusqu'à la lecture du manuscrit de Gaius, punit l'*adstipulator* qui a consenti une acceptilation frauduleuse. On sait ce qu'est l'*adstipulatio*, mais nos conceptions modernes des contrats nous font éprouver quelque difficulté à comprendre ce qu'était l'acceptilation consentie en fraude des droits du créancier. L'*adstipulator* ne dépassait pas ses pouvoirs, puisqu'il était également créancier, et d'ailleurs s'il en eût été autrement, le débiteur ne se serait pas trouvé libéré. Mais il faut remarquer que si l'*adstipulator* avait pouvoir de donner quittance au débiteur, il ne devait le faire que dans certaines circonstances ; autrement dit, les pouvoirs très larges de l'*adstipulator* à l'égard du débiteur étaient restreints comme par une contre-lettre dans ses relations avec le créancier ; étaient donc frauduleuses les acceptilations consenties en dehors des conventions passées entre les deux créanciers.

Mais ceci ne suffit pas encore, car on serait disposé à croire que l'*adstipulator* se trouve lié envers le créancier au moment même où il libère le débiteur primitif, que celui-ci ait réellement payé sa dette, ou qu'il lui ait été consenti une remise gratuite. S'il en était ainsi, tout l'avantage qu'aurait

assuré la *L. Aq.* au créancier eût été la sévérité plus grande de la condamnation ; l'insolvabilité de l'*adstipulator* infidèle ne l'en touchait pas moins.

Mais il est douteux qu'on ait édicté cette disposition en vue d'obtenir un avantage aussi minime : Gaius, qui nous offre cette explication, ne semble pas en être satisfait, sans toutefois oser en présenter une autre (1). Les interprètes modernes ont supposé que la *L. Aq.* avait été portée à une époque où la convention intervenue entre l'*adstipulator* et le créancier, et qui n'est autre qu'un mandat, n'était pas encore munie d'action. La fraude dont se rendait coupable l'*adstipulator*, ce n'était pas tant l'acceptilation consentie sans pouvoirs réels que le refus probable de restituer ou d'indemniser, et c'est ce qui aurait paru devoir être réprimé. Nous aurions sur ce point un vestige du droit primitif où les contrats n'étaient pas munis d'actions par eux-mêmes, où leur unique sanction était la répression de l'acte qui violait la parole donnée.

Même modifiée en ce sens que l'*act. mand.* existant déjà ne comprenait que le fait du détournement de deniers et non celui de destruction de titres (2), nous devons dire que cette hypothèse n'est pas absolument satisfaisante. Comment un créancier s'exposait-il à de tels risques, alors que bien certainement le droit lui fournissait déjà le

1. G. C. III, § 216.

2. Poissnel, Soc. Univ. chez les Romains, Rev. hist. 1879 p. 554.

moyen de les détourner, une stipulation de peine par exemple ? Il y a certainement là quelque chose qui échappe.

Ce deuxième chapitre n'était évidemment pas relié aux autres par des liens très étroits. L'idée même que nous retrouvons dans les trois chapitres à la fois, et qui, pour nous, peut expliquer cette réunion des trois dispositions dans une même loi, n'avait peut-être pas été vue des Romains ; en tous cas, elle ne paraît pas avoir porté d'autres fruits, si bien qu'il est possible de laisser ce second chapitre de côté pour s'en tenir à l'explication des deux autres.

Le premier et le troisième chapitres, en effet, avaient une tendance commune bien visible : la protection de la propriété. Leur texte, d'après les fragments que nous avons cités, aurait été ainsi conçu : Chap. I. *Qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuerit, tantum æs domino dare damnas esto.* — Chap. II. *Si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit, injuria, quanti ea res erit in diebus XXX proximis, tantum æs domino dare damnas esto.*

A l'égard du premier texte, on a fait remarquer que *quadrupedem vel pecudem* devait être lu *quadrupedemve pecudem*. Les controverses sur le sens du mot *pecus* le prouvent bien.

D'autres modifications ont été proposées, mais

elles n'ont pour but qu'une correction plus grande dans les expressions de la loi, et, assez peu intéressantes en elles-même, elles n'en modifient pas le sens général.

Ainsi, pour nous contenter d'une idée générale, la *L. Aq.* réprimait toute dégradation matérielle à un objet du droit de propriété.

§ 3. — *La législation antérieure à la L. Aq.; dispositions législatives qui ont survécu à cette loi, sur les dommages causés aux biens.* — Avant le plébiscite proposé par le tribun Aquilius, d'autres dispositions législatives avaient eu pour but la protection de la propriété, avaient traité du dommage causé sans droit, *de damno injuria*. Ces dispositions ont été abrogées, nous dit Ulpien (1), et il juge inutile de nous rapporter ce qu'elles contenaient.

Cependant, malgré cette assertion, deux de ces dispositions ont conservé leur force obligatoire : les textes font mention d'une action *de pastu* et d'une action *arborum furtim cæsarum* dont l'origine est dans la loi des XII Tables et qui prévoient des hypothèses comprises certainement dans le troisième chapitre de la *L. Aq.* (2).

L'action *arborum furtim cæsarum* était une action pénale tendant à l'application d'une amende de 25 as (3) que le préteur remplaça par une peine du

1. Fr. 1, pr. D. h. t.

2. Fr. 14, § 3. D. XIX, V.

3. Plinie, H. N. 17, 4.

double (1) sans que cependant l'action cessât d'être dite : née de la loi des XII Tables (2). Cette action est donnée au propriétaire dont les arbres ont été coupés sans qu'il le sût (3); elle amène une condamnation au double de la valeur dont le propriétaire est réellement privé (4). Elle doit à son caractère pénal d'être intransmissible passivement ; mais née de la loi des XII Tables , elle est perpétuelle (5).

A l'égard de l'action *de pastu*, les renseignements font défaut ; aux textes cités plus haut, on ne peut joindre qu'un passage de Festus (6), et un passage de Pline (7), qui ne nous donnent aucun complément d'informations.

Ce qu'il y a de plus difficile à expliquer, en ce qui concerne ces actions, c'est leur survie à la *L. Aq.*; on n'en voit pas la raison d'être, au point de vue logique. Mais le fait nous est attesté par des textes trop formels pour que l'on en puisse douter, et il faut bien reconnaître qu'Ulpien s'est montré trop large dans ses affirmations (8).

Il existe encore une action remontant également

1. Fr. 7, § 7, D. XLVII, VII.

2. 11, D. XLVII, VII.

3. 7 pr. D. XLVII, VII.

4. 8 pr. D. XLVII, VII.

5. 7, 6. D. XLVII, VII.

6. V° *Impescere*.

7. H. N. 18, 3.

8. Ce qui explique la survie de ces actions, c'est l'esprit conservateur des Romains, qui avaient peine à élaguer les dispositions devenues inutiles.

aux XII Tables, et qui s'occupe aussi de la protection de la propriété; mais son organisation est toute différente, et son maintien à côté de l'*act. L. Aq.* s'explique tout naturellement. C'est l'*actio aquæ pluviae arcendæ* destinée à régler les rapports entre propriétaires voisins.

Le propriétaire dont les ouvrages ont eu ou peuvent avoir pour effet de rejeter les eaux pluviales sur le fonds voisin sans qu'il y soit autorisé par son droit ou par la nécessité est tenu de faire disparaître ces ouvrages(1); ici l'assertion d'Ulpien n'est point inexacte. Si la *L. Aq.* n'a pas abrogé cette action, c'est que à proprement parler ici, il n'y a pas *damnum injuria*. En effet, l'*act. aq. pluv. arc.*, ne suppose même pas qu'un dommage ait été causé (2); si le dommage est causé, elle ne permet pas d'en obtenir la réparation (3). Sa fonction, les textes les comparent, en effet, est tout analogue à celle de la *cautio damni infecti*, et les règles qui ont été posées dans les deux hypothèses s'expliquent par des motifs semblables: le propriétaire n'a pas à réparer le dommage qu'il a causé en usant de son droit de propriétaire; la loi ou le prêteur ne permettent au voisin que de prévenir la possibilité d'un danger qui menace.

Ce qu'il y a de remarquable dans cette disposition, c'est le résultat que donne l'action; le proprié-

1. 6, 7. D. XXXIX, III.

2. 4, 4. D. XXXIX, III.

3. 6, 6. D. XXXIX, III.

taire ne poursuit que le retour à l'état antérieur, la disparition des travaux dangereux pour sa propriété; cependant si le dommage est causé au cours de l'ins-tance, il pourra en demander la réparation (1), *damnum sarcire*. encore à cet égard, la *L. Aq.* présentait un aspect tout différent et on ne peut nier que le procédé adopté sur ce point particulier par les XII Tables ne fût de beaucoup supérieur à celui qu'adopta le plébiscite.

Des auteurs prétendent que ce n'est pas seulement sur ce point particulier que la loi des XII Tables, avait adopté le système qui obligeait simplement l'auteur du dommage à le réparer, *sarcire*; qu'un principe général était posé à cet égard, ouvrant une action à toute personne atteinte dans son patrimoine par une lésion corporelle. Cette conjecture a pour point de départ deux mots rapportés par Festus : *rupitias*, *sarcito*, qui sont extraits des XII Tables, et que l'on rapproche pour former le nom de cette action générale : *de rupitiis sarcendis*.

Cette hypothèse ne repose pas sur une base bien sérieuse; le rapprochement que l'on opère entre les deux passages de Festus (2) n'est nullement autorisé par les textes : les deux passages peuvent fort bien se rapporter à des dispositions toutes différentes : *rupitias* à une disposition sur les injures, par

1. 6, 6. D. XXXIX, III.

2. V^o *rupitias*, v^o *sarcire*.

exemple, *sarcito* à celle même dont nous venons de parler, qui donnait ouverture à l'*act. aq. pluv. arc.* Puis sans parler des critiques grammaticales qui ont fait émettre des doutes sur l'exactitude même du texte de Festus, il faut remarquer combien l'existence d'une action générale tendant à la réparation d'un dommage, ce dommage ne dût-il s'entendre que d'une lésion corporelle, serait en opposition avec tout ce que l'on a pu découvrir sur l'ancien droit privé des Romains, procédant bien plutôt par voie de décisions d'espèces ; surtout en opposition avec le système familial à ces époques reculées, frapper d'une amende, le plus souvent fixe, l'auteur du fait répréhensible. C'est ce système qu'avait adopté la loi des XII Tables pour l'*actio arb. furt. cæs.*, dont l'existence certaine ne se concilierait que bien mal avec l'action générale *de rupitiis sarcicendis*.

Que si le système de réparation, qui nous paraît préférable avec nos idées modernes, est adopté par la loi des XII Tables pour l'*act. aq. pluv. arc.*, c'est que nous sommes en matière purement civile (1), le propriétaire, nous l'avons déjà indiqué, qui exécute sur son fonds des travaux, quoiqu'ils soient nuisibles au voisin, ne commet pas un acte répréhensible : il est dans les limites de son droit ; tout ce que l'on peut faire c'est l'obliger à réparer, le frapper d'une amende serait exorbitant...

1. Encore l'*ac. aq. pluv. arc.* conserve-t-elle quelque caractère pénal : 6, 7. D. XXXIX, III.

Que l'idée de réparation se soit fait jour sur ce point particulier, cela n'a donc rien d'absolument extraordinaire ; mais ce qui serait tout à fait remarquable, et ce qui est peu admissible, c'est la disparition de l'idée de peine de la théorie générale du dommage corporel.

Il est donc probable qu'avant la loi Aquilia il n'existait sur le dommage matériel que des dispositions éparses et qu'elle fut un effort de coordination très remarquable dans l'histoire du droit romain.

§ 4. — *De l'action née de la loi Aquilia.* — La loi Aquilia donnait naissance, en dehors de l'action criminelle dont nous avons signalé l'existence probable, à une action purement privée, dite *actio legis Aquiliæ*, *actio damni injuriæ*.

Cette action était une action pénale, d'après ce que nous dit Gaius au § 112 de son Commentaire IV. Dans ce texte, Gaius semble faire concorder la dénomination de *pænalis* avec la nature du fait qui donne naissance à l'action : *ex maleficio* (1), et il envisage bien le *damnum injuria datum* comme un délit. Et c'est bien ainsi que tous les jurisconsultes considèrent notre action, tirant de son caractère pénal les conséquences les plus extrêmes.

1. De nombreux textes font ainsi aller ensemble l'idée d'action pénale et celle d'action délictuelle.

2. G. C. IV, §§ 6, 7, 8, 9.

Cependant, dans un passage bien connu (1), Gaius range l'*act. leg. Ag.*, parmi des actions qu'il qualifie de *mixtæ*. Ici Gaius prend pour base de la division des actions le résultat qu'elles poursuivent : elles poursuivent soit *rem*, soit *pænam*, soit les deux à la fois ; les actions *mixtæ* sont celles qui naissent « de ces causes en vertu desquelles nous agissons au double *adversus inficiantem* ». Le *simplum* dû à cause de l'*inficiatio* est évidemment la *pæna* ; le *simplum* qui est toujours dû au cas où le défendeur reconnaît le droit du demandeur, et que l'on réclame par une *actio confessoria* (1) est donc la *res*. Ainsi il est probable que Gaius envisageait l'*act. L. Ag.* en elle-même comme *rem persequens*, et il n'était pas le seul à la considérer ainsi : un texte de Paul lui donne expressément cette qualification (2).

Cela n'empêchait pas de la déclarer *pænalis* ; il n'y a à cet égard aucune trace de discussion dans les textes : c'est une *actio pænalis quæ ad rei persecutionem respicit*. Il y a là deux divisions des actions bien distinctes : l'une, c'est la division ancienne dont les textes continuent à appliquer toutes les conséquences ; quand il y a un délit, le délinquant doit *pænam*, une somme d'argent destinée à apaiser le sentiment d'irritation qui a dû saisir la victime en voyant son droit lésé ; l'autre, c'est la division plus

1. 25. D. h. t,

2. 50. D. XVII, II.

nouvelle, que l'on cherche à faire pénétrer dans le droit, dont les conséquences pratiques n'ont pas encore atteint tout leur développement : ici, quelle que soit l'origine de l'obligation, le demandeur ne réclame *pœnam*, que s'il réclame un enrichissement, amende dont la société lui confie le recouvrement. S'il se contente de réclamer une indemnité, il ne réclame que *rem* : par l'*actio depensi*, la caution, le *sponsor*, ne réclamera que *rem*, si le débiteur principal contre lequel il agit a avoué ; il réclamera en outre *pœnam*, si le débiteur a nié. Le terme de *pœna* a changé de sens.

Justinien voulut faire rentrer la division basée sur le but poursuivi par le demandeur, dans la division basée sur l'origine de l'action. L'action née *ex maleficiis* poursuit toujours *pœnam*, tantôt exclusivement, tantôt permettant également d'atteindre *rem* ; une action n'est pénale que si elle poursuit *pœna*.

L'*act. leg. Aq.* donnée au simple poursuit seulement *rem* ; il fallait donc en conclure qu'elle n'était plus *pœnalis*. Cette conclusion était inadmissible. Aussi Justinien s'efforça de prouver que l'*act. leg. Aq.*, même au simple ne poursuivait pas exclusivement *rem*, qu'il y avait dans le mode d'estimation employé par la loi un élément de pénalité, consistant dans la *possibilité* d'une condamnation au-delà du préjudice souffert ; ce qui justifiait tant bien que mal les décisions des jurisconsultes anciens qui considéraient cette action comme *pœnalis*.

Mais à l'égard de l'action *Vi bonorum raptorum*, née *ex maleficiis*, qu'il déclare *mixta*, il ne s'est pas donné tant de peine, et aussi arrive-t-il à une contradiction ; il nous paraît hors de doute que l'*act. V. B. R.*, donnée au simple après l'année utile écoulée, devait continuer à être traitée comme pénale (1) ; et cependant le système de Justinien conduit forcément à la traiter comme une action née d'un quasi-contrat.

Quant à l'*act. leg. Ag.*, la subtilité du raisonnement par lequel Justinien arrive à découvrir un élément de pénalité dans le simple évalué *ex lege Aquiliâ* suffirait, ce semble, à prouver que les jurisconsultes anciens n'ont pu le concevoir.

De plus, s'ils l'avaient envisagée comme *mixta*, c'est-à-dire s'ils s'étaient occupés de cette division suivant le but des actions, ils auraient été conduits à donner des solutions tout opposées ; ils l'ont traitée comme *pœnalis*, ne connaissant pas ou n'osant

1. On ne peut pas citer de textes formels, mais ceux qui mentionnent la possibilité de l'abandon noxal (2, 16. D. XLVII, VIII) et l'intransmissibilité passive (2, 27. D. XLVII, VIII) ne font aucune distinction suivant l'époque où l'action est intentée. Il serait étrange, en effet, que le retard apporté par le demandeur à agir, aggravât en un sens la situation du défendeur. Notamment, en ce qui concerne l'intransmissibilité, le fr. 2, § 27, refuse absolument l'*act. V. B. R.* après la mort de l'auteur du délit, cela même *in id quod ad heredes pervenit* ; c'est bien indiquer que l'action au simple ne pourrait être intentée. Cependant M. Accarias (Précis, II, 3^e éd., p. 646) nous dit qu'après l'année utile l'*act. V. B. R.* n'a plus rien de pénal. Mais il ne donne aucune preuve à l'appui. D'ailleurs on peut se demander si l'*act. V. B. R.* était jamais intentée après l'année : quelle en était l'utilité ?

pas encore mettre en pratique la décision nouvelle.

Ainsi l'idée de Justinien doit être tout-à-fait rejetée. L'*act. leg. Aq.* est, à prendre le mot de *pæna* au sens ancien, *pænalis* ; à le prendre au sens nouveau, tantôt *rei persequendæ causa comparata*, tantôt *mixta*, chacun de ces points de vue ayant ses conséquences.

Si nous nous sommes étendus un peu longuement sur tous ces points, c'est que nous sommes ici en face d'un épisode de la lutte de la *pæna* et de la *res*. A l'origine tout est *pæna*, parce que tout est délit, c'est-à-dire tout acte contenant une violation d'un droit est un fait illicite, est un délit que la loi frappe ou peut frapper d'une *compositio* destinée à apaiser la victime de l'injustice. Puis cette idée sort des contrats, se réfugie dans les obligations extra-contractuelles, et à leur égard on en tire des conséquences multiples.

Un autre point de vue se fait jour, la *pæna* n'est pas une somme d'argent destinée à obtenir l'apaisement ; c'est une amende que la société perçoit par l'entremise de la victime du délit. Mais pour qu'il y ait amende, il faut bien que le patrimoine du demandeur reçoive un accroissement ; s'il ne fait que recouvrer l'équivalent d'une valeur perdue, il n'y a plus amende, le demandeur ne réclame plus *pænam*, il réclame *rem*. Les obligations que l'on créera à cette époque d'analyse, si elles sont créées pour indemniser la victime d'un fait illicite, auront beau naître de ce fait, ne contiendront plus que *rei perse-*

cutionem ; la créance nouvelle sera *quasi ex contractu*. Quant aux anciennes créances, elles seront toujours *pœnales* ; les Romains ont le respect des traditions. A certains égards toutefois, on fera fléchir le caractère ancien, surtout quand on s'occupera dans les solutions à intervenir du résultat que la condamnation permet d'atteindre ; alors, si en réalité l'*actio pœnalis* ne contient que *rei persecutionem*, on la traitera comme telle. Et c'est alors qu'est née la seconde division en actions *rei*, *pœnæ*, *tam rei quam pœnæ persequendæ causa comparatæ*.

§ 5. — *Procédure de l'actio legis Aquiliæ*. — La nature de l'*act. leg. Aq.* est ainsi déterminée ; c'est une action pénale. Sous quelle forme s'exerçait-elle ?

L'hypothèse assez généralement admise, c'est que tant que dura le système de procédure des *legis actiones*, l'*act. leg. Aq.* s'exerça par la procédure de la *manus injectio*. Gaius ne le disait peut-être pas expressément (1) ; mais bien des observations viennent à l'appui : d'abord la formule même *damnas esto* qu'employait à n'en pas douter la loi ; puis la remarque suivante : la procédure indiquée, si l'on n'admet pas la procédure *per manus injectionem*, c'est la *legis actio per sacramentum* (2) ; or on ne voit pas où se placerait dans cette procédure l'interrogatoire qui doit amener, l'*infitiatio*, suivie de con-

1. G. C. IV. 21. La raison de douter, c'est que la leçon *si lege aliquâ* (au lieu de *Aquilïa*) paraît plus conforme à la suite des idées.

2. G. C. IV, 13.

damnation au double (1) ; au contraire cet interrogatoire a sa place marquée dans la *manus injectio*.

Enfin Gaius (2) place à côté de l'*act. leg. Aq.* des actions entraînant doublement au cas d'*infitiatio*, et celles-ci sous la procédure des *legis actiones* s'exerçaient *per manus injectionem* (3).

La procédure formulaire s'étant substituée à la procédure des *legis actiones*, il dut y avoir pour l'*act. leg. Aq.* une formule spéciale, de même qu'il y en eut une pour l'*actio furti* (4) ; mais elle ne nous a pas été transmise. Des conjectures ont été faites pour la rétablir, quelques-unes très plausibles (5) ; mais ce ne sont que des conjectures.

Il a été fait contre leur principe même une grave objection tirée d'un texte (6) d'Ulpien : l'*act. leg. Aq.* serait une *condictio*.

A moins d'admettre avec Zimmern (7) que les *condictiones* de la procédure formulaire ont pour origine aussi bien la *legis actio per manus injectionem* que la *legis actio per conductionem* (8), on ne voit pas trop comment sur ce point particulier, la *condictio*

1. 2, 1. D. h. t.

2. G. C. IV, 9.

3. G. C. IV, 25.

4. Keller, Proc. civ. Trad. Capmas, § 15, § 25.

5. Savigny. Syst. V. App. XIV.

6. 9, 1. D. XII, II.

7. Actions, § 47, § 64.

8. L'auteur même de cette théorie reconnaît qu'elle est inexacte en ce qui concerne l'une des plus importantes applications de la procédure *per m. inj.* : l'*actio judicati*, qui ne s'exerçait pas sous forme de *condictio*.

aurait pris la place de la *manus injectio*. Il serait hors de propos de dissenter ici sur l'origine et le but primitif de la *condictio* ; mais les renseignements que nous fournit Gaius (1), et la similitude des noms qui semble devoir être le signe d'une similitude de fonctions paraissent bien indiquer que les *condictiones* de la procédure formulaire ne devaient pas avoir pour but le recouvrement d'une amende.

D'autre part il est difficile de voir dans l'*act. l. Aq.* une *condictio ex lege*. La *lex Aquilia* n'est certainement pas une *lex nova* (2) ; puis le fragment qui est la base de la querelle nous parle tout à côté de la *condictio ex testamento* et de la *condictio furtiva* qui ne sont pas assurément des *condictiones ex lege*.

Ainsi, il est vraisemblable que l'*act. l. Aq.* ne s'exerçait pas sous forme de *condictio* et qu'une formule spéciale lui fut consacrée.

Reste à savoir ce que le fr. 9 § 1 de *Rebus Creditis* entend par *condictio ex lege Aquiliâ*, Ici deux explications sont possibles : l'une consiste à voir dans cette *condictio* une *condictio* tendant à réclamer au délinquant le montant de l'enrichissement réalisé par lui ; *condictio* analogue de la *condictio furtiva*. Et la rareté des hypothèses où le délit de la loi *Aquilia* procure un enrichissement à son auteur suffit pour expliquer le silence des textes à cet égard. Le texte même semble faire ce rapprochement (3) ; ces rares

1. G. C. IV, § 19.

2. Sav. Syst. V. App. XIV.

3. Sav. Syst. V. App. XIV.

pothèses, ce seront par exemple la destruction du titre de créance par le débiteur lui-même, la libération frauduleuse du débiteur par l'*adstipulator* qui se trouve devenir l'héritier de ce débiteur...

Ce système, très plausible, a mérité quelques critiques: cette *condictio*, tendant à obtenir la restitution du montant de l'enrichissement réalisé, est absolument inutile; l'*act. l. Aq.* a le même but; notamment, c'est bien elle et non une *condictio* qui est donnée contre les héritiers, dans la limite de leur enrichissement (1). Ajoutez que le fr. 10 § 2. D. II, XIII oppose à la *condictio* qui compète au créancier auquel le billet constatant la créance est dérobé non pas la *condictio ex l. Aq.*, mais l'*actio l. Aq.* et en termes qui ne permettent pas le doute.

Le second mode d'explication est le système général qui admet la possibilité pour tout demandeur de transformer son action, quelle qu'elle soit, à ses risques et périls, en une *condictio certi*, par l'évaluation qu'il fait lui-même du montant de sa créance. Nous n'avons pas à défendre ici cette théorie qui ne se rattache que par un point de détail à notre sujet. Malgré les critiques qui lui ont été adressées, assez justement ce semble, il faut reconnaître qu'elle trouve un certain fondement dans les textes et auprès des commentateurs anciens.

L'*act. L. Aq.* échappe à la division des actions

1. 23, 8. D. h. t.

bonæ fidei et stricti juris, qui semble ne pas devoir s'appliquer aux actions délictuelles. A titre d'action civile, elle est perpétuelle, imprescriptible jusqu'à Théodose le Jeune, prescriptible par trente ans depuis cet empereur.

II.

DE LA LOI AQUILIA EN ELLE MÊME.

CHAPITRE I^{er}.

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA NAISSANCE DE L'«ACTIO LEGIS AQUILÆ».

SECTION I. — *Nécessité d'un dommage. — Répression du dommage moral.*

§ 6. — Il faut que le demandeur ait subi un dommage. Nous n'avons guère qu'à mentionner ici cette condition première. Elle ouvre évidemment de l'exercice de l'*act. L. A.* un champ plus large qu'il ne l'était en réalité, mais elle va trouver sa limitation naturelle dans les autres conditions requises. Des textes indiquent cette nécessité d'un dommage; c'est ainsi que le fr. 27 § 28. D. h. t. refuse l'*act. l. Aq.* au maître dont l'esclave a acquis une plus haute valeur par suite de la castration qu'un tiers lui a fait subir: comme on l'a dit plaisamment, les Romains ont toujours protégé les arts (1). Les para-

1. Pour être juste, il faut reconnaître que d'autres actions étaient accordées au propriétaire de l'esclave mutilé.

graphes précédents, dans la même loi, contiennent d'autres applications de la même idée (1).

Nous devons cependant noter de suite une première restriction, sans attendre l'examen des autres conditions mises par la loi à l'exercice de l'*act. L. Aq.* Les Romains n'ont compris dans le *damnum* d'après la *L. Aq.* que le dommage matériel. C'est ainsi qu'ils ne tenaient pas de compte dans l'appréciation de la valeur d'un esclave de la valeur d'affection (D. 33, h. t.).

Dans l'ordre d'idées du dommage *moral*, on trouve, mais avec une nature tout autre, l'*actio de injuriis*.

Au fond, tandis que les actions en réparation (nous les qualifions ainsi *brevitatis causa*) nées des lois qui précédèrent la *L. Aq.* étaient fondées sur cette idée qu'il faut empêcher le particulier lésé

1. En disant qu'il faut « que le demandeur ait subi un dommage », nous prétendons indiquer seulement qu'un dommage doit avoir été causé d'une manière absolue. Il peut se faire que des circonstances particulières permettent à la personne que devait normalement atteindre le dommage, de faire retomber ce dommage sur un tiers ; un débiteur est en demeure de livrer un cheval par lui promis ; le créancier tue le cheval ; le débiteur aurait-il l'*act. l. Aq.* ? Non, dit Papinien (fr. 54. D. h. t.) le débiteur se trouve libéré... le dommage, par suite, atteint le créancier et non pas le débiteur : *creditor ipse sibi potius quam alii injuriam fecisse videtur*. On peut supprimer de cette hypothèse l'élément évidemment accidentel, remplacer le créancier par un étranger comme facteur de la perte de l'objet dû, et les solutions ne changeront pas. Le dommage existe, mais atteint un tiers, ne faisant que glisser pour ainsi dire sur celui qui normalement devait être lésé. On pourrait étudier ces hypothèses ici ; il vaut mieux les renvoyer afin de pouvoir examiner également pourquoi l'*act. l. Aq.* est refusée à l'individu atteint véritablement par le dommage.

dans ses biens de recourir à la guerre privée pour se donner satisfaction, l'*act. l. Aq.* était arrivée à cette conception nouvelle qu'il faut dans une société bien organisée éviter et réparer les atteintes portées par un fait dommageable à notre patrimoine.

L'*actio de injuriis* était restée plus fidèle au caractère originaire des actions délictuelles; elle conserva plus complètement l'aspect que fait revêtir à l'action sa substitution au droit de vengeance privée.

Quand des voies de fait ou des menaces portaient atteinte à l'honneur d'une personne, la loi des XII Tables prononçait la peine du talion ou une amende de 25 as (1); dans certains cas, *si malum carmen occentasset*, si quelqu'un avait composé des écrits diffamatoires (2), la mort.

Le préteur fit prévaloir un autre système de pénalité (3); le taux de la peine fut fixé par le demandeur ou par le magistrat suivant qu'il s'agissait d'injure simple ou d'injure atroce : l'idée de réparation n'apparaît nullement dans les éléments dont on se sert pour déterminer le montant de l'amende due.

Notons de suite et pour n'y plus revenir les différences saillantes de l'*act. de inj.* et de l'*act. l. Aq.*

Fondée uniquement sur l'idée de vengeance à sa-

1. G. C. III, § 223.

2. Cic. de R. P. III. 10.

3. Paul. Sent. V. 4. 7.

tisfaire, elle s'éteint par la mort de l'offensé (1), elle ne prend naissance que si l'offenseur a eu l'*intention* d'offenser (2); au contraire l'*act. l. Aq.* survit à la victime du délit et n'exige pas d'intention coupable chez l'auteur du fait.

Ainsi, si l'on peut envisager l'*act. de inj.* comme comblant ce que peut-être on considère comme une lacune des institutions romaines, comme remplissant une partie des fonctions que notre jurisprudence attribue si largement à l'art. 1382, pour la réparation du dommage moral (3), il ne faut pas oublier, d'une part qu'elle ne peut revêtir cet aspect que dans le cas où l'auteur du dommage est conscient de son acte et encore vivant; et d'autre part que certainement ce point de vue n'a rien de Romain.

Le dommage éprouvé doit être d'une certaine importance; c'est bien ce que nous montre le texte d'Ulpien (41 pr. h. t.), rapportant l'opinion de Marcellus qui refusait l'*act. l. Aq.* au testateur dont le testament est détruit: comment estimer le dommage causé? La tentative n'était donc pas réprimée.

Il est un cas où le droit romain a admis la possibilité d'intenter, non pas l'*act. l. Aq.*, mais une action prétorienne analogue, l'*act. de serv. corr.*, en

1. G. C. IV. 112.

2. 3, 1; 4, 4. D. XLVII. X.

3. Accarias. II, p. 658, note 2 (3^e éd.).

l'absence d'un dommage souffert (1) ; mais c'est une décision isolée, due au droit du Bas-Empire, où l'Empereur Justinien, par une contradiction étrange avec le courant général du droit, s'est attaché davantage à l'idée de *peine*, alors que les actions pénales privées tendaient de plus en plus à la réparation.

SECTION II. — *Absence de droit chez celui qui cause le dommage.*

§ 7. — « On ne cause pas de dommage à moins « que l'on ne fasse ce que l'on n'a pas le droit de « faire », nous dit Paul (2), et Gaius (3) applique ainsi cette idée générale : « Il tue sans droit celui « qui tue par dol ou par faute » et plus loin il nous indique le troisième terme de la distinction romaine : « Est impuni celui qui sans sa faute ni son « dol, mais par quelque cas fortuit cause un dommage ». En fut-il ainsi dès l'origine ? il est au contraire probable que primitivement l'auteur du fait dommageable était tenu de réparer, que le fait lui fût ou non imputable : les XII Tables punissaient du talion l'auteur de lésions corporelles, innocent ou coupable (4) ; c'est le travail constant des juris-

1. G. III. 198. — Const. 30. C. VI. II.

2. 151. D. L. XVII.

3. G. C. III, § 241.

4. Ihering. Faute en droit privé. Trad. Meulenaere, p. 43. Aulu-Gelle. XX. 4, §§ 15, 16, 34.

consultes romains qui a fait pénétrer l'idée de faute, sur ce point comme sur tant d'autres, dans l'idée d'obligation.

Il semble que ce résultat obtenu, l'institution fut la même que celle de l'art. 1382. Notre loi, en effet, exige qu'il y ait *faute* de la part de l'auteur du fait dommageable, sans pour cela exiger le *dol*, c'est-à-dire l'intention de causer le dommage. Elle ne rend pas responsable des cas fortuits. Cependant il existe quelques différences entre les deux règles.

Nous ne nous attacherons pas à marquer les points de vue communs aux deux institutions; de nombreux textes les font ressortir. Notamment beaucoup mettent en œuvre ce principe que le dommage doit être imputable à faute à son auteur; et c'est ainsi que l'*act. l. Aq.* est refusée contre l'individu qui a causé un dommage pour la légitime défense de soi-même ou d'autrui (1).

Le dommage doit être causé sans droit, *injuria* : il suit qu'il ne peut être le résultat que d'un fait positif; en effet, ne pas agir, cette abstention dût-elle être dommageable à autrui, constitue un droit.

C'est bien certainement la raison qui empêche Ulpien d'accorder l'*act. dir. l. Aq.* dans une espèce intéressante (2). Une villa est louée à un fermier, qui a chargé un de ses esclaves d'allumer un four ;

1. 45. 4. D. h. t. — 49. 1. D. h. t.

2. 27. § 9. h. t.

un autre a dû surveiller le feu une fois allumé ; ce dernier s'est montré négligent et la villa a été brûlée. Il était difficile de relever une faute à la charge du premier esclave ; quant au second, il n'avait rien fait, *nihil fecit*... Ulpien accorde néanmoins une *actio utilis*, qui est à n'en pas douter l'*act. utilis l. Aq.* (1) ; mais l'hésitation montrée par le jurisconsulte et le fait de n'accorder que l'action utile et non l'action directe, montre bien, ce semble, que dans la rigueur des principes, l'abstention même dommageable n'engage pas la responsabilité de l'auteur du dommage.

Du reste on peut invoquer, pour appuyer cette règle, une autre considération : c'est la nécessité où fut le prêteur d'intervenir afin d'éviter que l'usufruitier par sa négligence ne ruinât le bien sur lequel porte son droit d'usufruit. Les deux droits du nu-propriétaire et de l'usufruitier sont deux droits placés côte à côte, mais étrangers, pour ainsi

1. Il est bien question dans la première partie du texte de l'*act. ex locato* qui compète au propriétaire contre le fermier *si negligens in eligendis ministeriis fuit* ; mais en aucun cas elle ne mettrait obstacle à l'exercice de l'*act. l. Aq.* ; elle ferait tout au plus restreindre le montant de la condamnation que devrait entraîner normalement celle-ci.

Le texte suppose bien, même dans sa seconde partie, que la villa brûlée est la villa même louée au propriétaire de l'esclave négligent ; on y a vu quelquefois la villa voisine. C'est l'hypothèse du paragraphe qui précède et de celui qui suit. Enfin il faut remarquer que dès que l'action *ex l. Aq. (lato sensu)*, est accordée sans qu'il y ait fait *positif* dommageable, elle est dite *utilis*. Ce n'est qu'en vertu d'une extension.

parler, l'un à l'autre ; en droit pur, le nu-propriétaire ne doit rien à l'usufruitier, l'usufruitier ne doit rien au nu-propriétaire.

Si l'usufruitier commet des dégradations, le propriétaire aura cependant une action contre lui, mais dans quelques cas seulement : il aura l'*act. l. Aq.*, lorsque les dégradations commises rentreront dans les termes de la loi. L'usufruitier sera tenu de l'*act. l. Aq.*, comme en serait tenu un étranger qui commettrait ces mêmes actes de dégradations sur la chose d'autrui : *Sicut quemlibet alium qui in aliena re tale quid commiserit* (1). Ce motif que nous donne Ulpien de sa décision, nous fait apparaître bien clairement l'absence de relation juridique entre le nu-propriétaire et l'usufruitier.

Les inconvénients de ce système fort logique devaient se faire sentir ; l'*act. l. Aq.* ne permettait pas d'atteindre la réparation de tous les dommages causés par l'usufruitier : *Sunt casus quibus cessat Aquiliæ actio* ; l'usufruitier peut causer des dommages non seulement par ses actes, mais encore par ses négligences : *Qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item qui aquarum ductus corrumpi patitur*, — toutes choses qui, constituant de pures abstentions, ne tombaient pas sous le coup de la loi : *(is) non lege Aquilia tenetur*. Cette réserve prudente de la loi, admissible dans les rapports entre étran-

gers, était dangereuse dans les rapports entre deux personnes dont l'une détenait la chose de l'autre sans qu'il fût permis au propriétaire d'intervenir pour obvier aux négligences du détenteur.

L'intervention du prêteur devenait nécessaire. Cette intervention nous est signalée par le même fragment et par d'autres encore (1) ; elle se manifesta sous la forme d'une promesse de jouir en bon père de famille que l'usufruitier dût faire au nu-propriétaire ; désormais sa responsabilité est une responsabilité toute conventionnelle.

§ 8. — *De la Cautio damni infecti.* — Sur un autre point encore, l'intervention du prêteur dut venir compléter la protection de la propriété. Et c'est ici que nous allons relever une opposition entre l'institution ancienne et l'institution actuelle.

Les Romains n'accordaient pas l'*act. l. Aq.* contre le propriétaire dont le bâtiment ruiné avait causé du dégât chez le voisin (2). Les motifs de cette règle sont différents des motifs qui faisaient refuser l'action contre l'usufruitier négligent. Le propriétaire n'est pas tenu de réparer le dommage que cause la chute de sa maison, parce que, propriétaire, il peut chez lui faire ou ne pas faire ce que bon lui semble (3). Si l'on se borne à dire que les motifs de cette décision sont qu'il n'y avait pas de fait positif

1. 43. pr. D. VII. I. — 1 pr. D. VII. IX.

2. 6. D. XXXIX. II.

3. 25. 41, 31; 3, D. V. III.

de la part du voisin, mais une simple négligence, on est amené à conclure que dans l'hypothèse où des travaux faits par le propriétaire sur son propre fonds dégradent le fonds du voisin, celui-ci aura l'*act. l. Aq.* : or il n'en est rien ; des textes accordent au voisin menacé par des travaux que va entreprendre le voisin sur son fonds un mode de protection qui serait superflu si l'*act. l. Aq.* devait lui compéter (1). Le point de vue romain semble bien celui-ci : le propriétaire n'est pas tenu de réparer le dommage que cause la ruine de son bâtiment, parce que, propriétaire, il en pouvait disposer à son gré.

Ce même point de vue explique d'une manière tout à fait satisfaisante que l'action soit accordée au bénéficiaire d'un fidéicommiss contre le fidéicommissaire qui a détérioré un objet héréditaire une fois la restitution faite, quand on la lui refuse, si la détérioration a eu lieu avant la restitution de l'hérédité (2).

Le préteur n'admit pas absolument cette manière de voir ; se plaçant à un point de vue supérieur, sans doute il pensa que le droit de l'un ne devait pas aller jusqu'à empiéter sur le droit de l'autre, et il donna au voisin dont le bien était menacé, soit par l'état de vétusté ou l'affectation de la propriété voisine, soit par des travaux qu'on entre-

1. 30 pr. D. XXXIX. II.

2. 70. 1. D. XXXVI. I.

prenait, soit même par une cause naturelle (1), le droit d'exiger la *cautio damni infecti*. Ce n'était peut-être pas d'ailleurs une innovation. Gaius (2) semble dire qu'il y avait une *legis actio* pour obtenir la *cautio damni infecti*. Il y aurait eu alors là quelque chose d'analogue à ce qui devait exister pour l'*act. Aq. plur. arc.*

Ce procédé qui permettait d'obtenir une indemnité dans certaines hypothèses, était d'une nature toute différente du procédé employé par la *l. Aq.* Au lieu d'une *pænæ*, le propriétaire, que le prêteur avait contraint de s'obliger par la *cautio damni infecti*, était tenu du paiement d'une indemnité, indemnité conventionnelle en apparence, mais au fond d'une nature tout à fait semblable à celle qui peut être due en vertu de notre article 1382.

Que si l'on se demande pourquoi le prêteur recourut ici à ce procédé, qui lui est familier sans doute, mais anormal en la matière, c'est que peut-être il hésita à qualifier de délit et à punir comme tel le fait ou la négligence du citoyen qui ne faisait qu'user de son droit; et c'est probablement une pensée analogue qui avait guidé les XII Tables dans l'organisation de l'*act. aq. pl. arc.*

Au cas de refus de fournir cette caution, le prêteur saura bien vaincre une résistance opiniâtre; il sera prononcé un envoi en possession, d'abord pro-

1. 9. 2. — 24. 7. — 39. pr. D. XXXIV. II.

2. G. C. IV. 31.

visoire ; puis définitif, et celui-ci fera passer au propriétaire menacé le bien du propriétaire négligent. (1) On ne peut s'empêcher de trouver la sanction un peu rude ; il est permis de croire que l'on n'avait pas souvent à y recourir.

Le dommage pouvait se produire avant que la caution n'ait été obtenue, mais la demande déjà faite : la *lex Rubria* disposait qu'une action fictive serait alors accordée au demandeur comme s'il avait obtenu la *cautio*. Il semble probable que cette solution ne devait pas être particulière à la province de Gaule Césalpine ; encore un rapprochement à faire avec cette *act. aq. pluv. arc*, dirigée elle aussi en principe contre le *damnum infectum*, et qui éventuellement, quand le dommage est causé au cours d'une instance, permet d'obtenir la réparation d'un préjudice déjà subi.

Ainsi l'institution prétorienne peut être envisagée comme un complément de l'institution de droit civil. Bien que de nos jours encore la loi nous dise que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue », on admet que ce droit ne va pas jusqu'à permettre de causer un véritable dommage aux voisins (2) ; on s'appuie sur l'article 1386 C. C. qui ne fait qu'appliquer en un point particulier un principe général. On a donc fait entrer dans la grande théorie de la responsabi-

1. 43. 11 sqq. D. XXXIX. II.

2: Demol, Des Serv. II. 646.

lité du dommage causé par un fait illicite, la théorie que le droit romain avait placée à côté comme procédant d'un point de vue tout-à-fait différent.

SECTION III. — *Matérialité du dommage causé.*

§ 9. — A l'époque où fut portée la loi Aquilia, ou les lois qui la précédèrent et que l'on fondit ensemble sans trop en modifier les dispositions, les relations entre les hommes sont encore simples ; les dommages ne sont guère causés que par des actes matériels, ou du moins ce sont ceux-là surtout qu'il importe de réprimer ; aussi exige-t-on pour que l'*act. l. Aq.* soit accordée (en dehors de l'hypothèse exceptionnelle du deuxième chapitre) qu'il existe une *lésion visible*, causée par conséquent à un objet corporel et une action *matérielle et directe* de celui que l'on considérera comme l'auteur du dommage. Il faudra que le dommage soit causé *corpori et corpore*.

Cette exigence aura l'avantage de simplifier la tâche du juge qui pourra vérifier, d'un coup d'œil pour ainsi dire, l'existence du dommage, la relation entre celui-ci et l'acte auquel on l'impute. Ne présente-t-elle pas d'ailleurs quelque analogie avec ce qui existe dans la matière des contrats où la loi exige l'accomplissement de solennités, de manière à

biën faire apparaître la naissance du lien contractuel, où elle veut la translation réelle des deniers pour la naissance du contrat de *mutuum*?

§ 10. — *Le dommage doit résulter du fait direct de l'homme.* — L'auteur du dommage doit l'avoir causé directement par son fait et non pas indirectement « par l'action d'une cause étrangère que ce fait a mise en mouvement » (1) Ce n'est qu'alors qu'il y aura lieu à l'*actio legis Aquiliæ*,

Pourtant bien des textes moins exacts sans doute que celui d'Ulpien, (fr. 1 § 7. D. IX. I.) accordent l'*act. l. Aq.* même dans des hypothèses où le dommage n'est manifestement pas causé *corpore* : fr. 27 § 34. D. h. t. L'hypothèse dans ces deux textes est identique : c'est dans les deux cas un animal effrayé qui a causé le dommage ; celui qui l'a effrayé n'a pas directement causé le dommage, *sed magis causam præstitit*, il n'a fait que mettre en mouvement la cause qui a amené le dommage ; d'après Gaius et Ulpien il faudrait donc refuser l'*act. l. Aq.* proprement dite : cependant le second texte l'accorde, et ce fragment est d'Ulpien, l'auteur même qui dans le premier texte, d'accord avec Gaius, refusait l'*act. L. Aq.* contre celui qui n'avait pas blessé directement et avait simplement amené la cause de la blessure.

(1) Accarias. *Précis*, II, p. 664, 3^e éd. — G. C. III. 219 — fr. 7. § 6. D. h. t. — 9 pr.; 11 § 1; 49 pr.; 1 § 7. D. IX. I.

Il est difficile d'admettre une contradiction chez Ulpien ; on ne concevrait pas que, se reprenant dans un passage pour refuser l'*act. l. Aq.* proprement dite, il aille dans un autre, extrait du même livre de ses traités (1), l'accorder sans difficulté, alors que l'hypothèse est la même. Il faut plutôt admettre qu'on en était arrivé à donner la qualification générale d'*actiones legis Aquiliae* aux actions nées tant du texte même de la loi que des extensions créées par la pratique. Il n'y a là, croyons-nous, qu'un développement purement extérieur, un simple changement d'étiquette, si nous osons ainsi parler ; il dénote sans doute un travail interne, un attachement moins grand à ce qui est, pour nous du moins, secondaire, la forme ; mais ce changement d'étiquette correspond si peu à une modification profonde que les auteurs reprennent souvent les anciennes formules et que des textes du même auteur accordent dans la même hypothèse l'*act. l. Aq.* et l'*act. utilis*. Lorsque, absorbés par une difficulté autre, ils ne se préoccupent pas de donner à leur langage sur ce point particulier une précision absolue, alors ils emploient indifféremment *actio utilis*, *actio in factum*, *act. l. Aq.* Mais pour nous, si nous voulons déterminer les limites précises où se renfermait l'*act. l. Aq.*, il faut exclusivement recourir à ces textes, plus précis sans doute, qui refusent l'*act. l. Aq.* pour accorder seulement une de ses dérivations.

(1) Lib. 18 ad Edictum.

On a cru voir dans cette apparente contradiction des textes les vestiges d'un dissentiment général entre les juriconsultes romains, les uns accordant plus volontiers l'*act. dir.*, les autres la refusant.

Nous verrons plus loin qu'il y eut probablement, et cela était inévitable, des divergences sur les solutions d'espèces. Mais nous ne croyons pas qu'il faille admettre pour cela une scission générale des juriconsultes romains. (1) Nous l'avons déjà dit, la contradiction apparente existe entre deux passages d'Ulpien empruntés au même ouvrage : il ne devait pas adopter ainsi tantôt l'opinion d'une école, tantôt l'opinion d'une autre. On fait remarquer que dans le second de ces textes, Ulpien ne parle pas en son nom, mais en celui de Méla, juriconsulte proculien ; que par suite on peut fort bien croire que dans le premier les opinions sabinienues d'Ulpien l'ont emporté... Mais Ulpien rapporte l'opinion de Méla en se l'appropriant : car il ne l'adopte pas intégralement ; il commence par donner la solution telle que la donne Méla ; puis il commente, il modifie cette décision ; s'il l'avait trouvée fautive au point de vue qui nous occupe, il l'eût certainement corrigée, comme il se corrige lui-même, dans le fragment que nous avons cité.

(1) Il ne faut pas exagérer la portée de la controverse qui se produit entre les interprètes : tout le monde admet que Sabinienus et Proculienus étaient d'accord pour refuser l'*act. l. Ag.* dans certaines hypothèses de dommage causé *corpore*. — L'antagonisme des deux Ecoles ne se serait fait jour que dans quelques hypothèses douteuses.

Ajoutez que l'opinion qui relève cette prétendue contradiction entre Méla et Ulpien, fait de celui-ci un Sabinien, et il semble bien que, depuis Papinien, les tendances qui classaient un jurisconsulte dans telle ou telle école avaient opéré leur fusion.

On cite bien des textes pour prouver l'existence de cette controverse ; quelques-uns, notamment les fragments 11 § 3 D. h. t. et 51 pr. D. h. t., doivent être écartés, à supposer même qu'ils constatent un dissentiment entre Celse et Julien, ce qui est très douteux. En effet le dissentiment n'aurait porté que sur le point de savoir s'il fallait accorder l'*act. l. Aq.* en vertu du premier ou en vertu du troisième chapitre.

La contradiction n'éclate vraiment que dans le fragment 11 § 5 D. h. t. où Ulpien rapporte l'opinion de Proculus, et celle de Julianus, qui sont en opposition, et où il adopte celle du jurisconsulte sabinien. Mais doit-on voir là une controverse d'école ou un simple dissentiment entre deux jurisconsultes sur un point douteux ? L'hypothèse était celle-ci : un chien, excité par un passant, a mordu quelqu'un : Proculus donnait l'*act. l. Aq.* contre celui qui avait excité le chien, bien qu'il ne le tint pas en laisse ; Julien n'accordait que l'action *in factum*. L'antinomie est bien nette. Ce qui, évidemment, avait amené Proculus à admettre l'*act. dir. l. Aq.*, c'est qu'il envisageait le chien comme un instrument purement passif, comme une pierre jetée... Julien, ici comme dans toute la théo

rie de l'action *de pauperie* attribua une certaine responsabilité à l'animal, et fut par suite conduit à refuser l'*actio directa* pour n'admettre que l'*actio in factum*.

Enfin, pour terminer cette discussion, il est bon de remarquer que toutes les fois qu'un jurisconsulte de l'époque classique doit se prononcer sur le point spécial, ou bien se préoccupe d'être correct et précis, dans une espèce voisine de celle que nous venons de rapporter, il préfère l'*act. in factum* à l'*act. dir. l. Aq.* : et cependant, dans un texte du Code (1), étranger à toute discussion d'école, les empereurs Dioclétien et Maximien appellent *act. l. Aq.*, une action qui, à n'en pas douter, est une action *in factum*, celle donnée au propriétaire d'un animal enfermé méchamment et mort de faim. Ceci semble bien prouver que l'expression *act. l. Aq.* ne doit pas toujours être envisagée comme absolument technique, qu'elle comprend toutes les hypothèses d'actions *damni injuriæ*, et qu'il ne faut pas voir dans les textes du Digeste qui parlent d'*actio L. Aq.*, alors qu'ils devraient parler d'*act. in factum*, l'expression d'une controverse, fût-ce sur un point de détail.

§ 11. — *Le dommage doit consister en une lésion matérielle.* — Cette nécessité d'un lien matériel entre l'auteur du dommage et le patrimoine lésé a encore amené la seconde exigence : le dommage doit être

1. 5. C. III, XXXV.

causé *corpori*, consister dans la détérioration d'une chose corporelle. (1)

Les termes de la loi, dans son troisième chapitre, indiquaient bien ce qu'elle exigeait à cet égard, et si *rumpere* fut pris comme synonyme de *corrumpere*, d'abord ce ne fut qu'en vertu d'une interprétation (2) qui, pour être due à la plupart des anciens auteurs, ne fut qu'une interprétation contre laquelle une minorité protesta. En sorte que la loi ne devait avoir en vue que les lésions visibles; faire aigrir du vin, par exemple, n'a été compris dans l'*act. l. Aqu.* qu'en vertu de cette interprétation extensive (3).

D'ailleurs, les jurisconsultes n'allèrent pas très avant dans cette voie; *corrumpere* suppose toujours une dégradation matérielle. Il n'y a pas à proprement parler *corruptio*, s'il y a perte pour le propriétaire, sans qu'un objet ait été dégradé. Nous rencontrons ici soit des extensions de l'*act. l. Aqu.* (4), soit dans l'hypothèse où il y a *furtum*, les actions qui font alors fonction de protéger le droit violé.

Il n'y a pas davantage *corruptio*, au sens de la loi Aquilia, si cette corruption est morale. Ici, nous trouvons l'action *de servo corrupto* (5). Le prêteur a

1. 1. J. IV, III. 16 *in fine*.

2. 27, § 13. D. h. t.

3. 27, § 15. D. h. t.

4. 30, § 2. D. h. t. ; 14, § 2, § 3. D. XIX, V.

5. Cette action, il est bon de le faire observer, est bien postérieure à la loi Aquilia : ce qui le prouve bien, c'est le caractère de l'atteinte à la propriété qui va être réprimée, atteinte *morale*, chose qui n'aurait pas été admise à l'époque où fut portée la loi.

prévu l'atteinte morale causée à l'esclave, ainsi que le font voir les termes de l'édit tels que nous les a rapportés Ulpien (1).

Des textes nous montrent les relations qui existent entre l'*act. l. Aq.* et l'*act. de S. C.* : celle-ci, accordée plutôt au cas où le dommage résulte exclusivement de l'atteinte morale ; celle-là, plutôt quand une lésion matérielle vient s'y joindre.

L'*act. de S. C.* est une action pénale, mais, quoique d'origine prétorienne, perpétuelle (2), ce qui peut s'expliquer, soit par l'analogie avec l'*act. l. Aq.*, soit par la nécessité pour une société qui a des esclaves de se protéger énergiquement contre de tels délits ; du reste intransmissible passivement.

La condamnation tendait au double de la dépréciation subie par l'esclave (3). On y joint la réparation du préjudice, conséquence des méfaits envers les tiers commis par l'esclave à l'instigation du corrupteur (4), ou résultant de la corruption opérée : objets emportés dans sa fuite par l'esclave corrompu (5).

1. 1 pr. D. XI, III.

2. 13 pr. D. XI, III.

3. 14, § 8. D. XI, III.

4. 14, § 7. D. XI, III.

5. 10. D. XI, III.

CHAPITRE II

DE L'EXERCICE DE L' « ACTIO LEGIS AQUILÆ »

SECTION I. — *Sujet actif de l'action.*

A. *A qui elle appartient.*

§ 12. — L'*act. l. Aq.* appartient au propriétaire de l'objet lésé Elle n'appartient qu'à lui seul en principe ; c'est bien ce que nous montrent les textes qui admettent l'*act. l. Aq.*, mais comme extension, au profit de quelques autres personnes. C'est aussi ce que nous voyons dans un fragment de Pomponius (1) qui se livre à un développement pour faire rentrer l'héritier qui a fait adition dans le terme de *dominus* ou *herus*, par rapport à un objet héréditaire lésé avant l'adition de l'hérédité.

Cette restriction mise à la protection du patrimoine s'explique par l'époque reculée où fut portée la loi. Au cinquième siècle après sa fondation, Rome était encore la société militaire et agricole qu'elle avait été dès l'origine ; les atteintes au patrimoine étaient par suite des atteintes au droit de

1. Fr. 43. D. h. t.

propriété, pour la majeure part du moins. De là vient que la loi s'occupe uniquement de ces dommages.

B. *Du défaut d'intérêt qui peut se rencontrer chez le titulaire de l'action.*

§ 13. — Il y avait des hypothèses où l'*act. L. Aq.* était refusée au propriétaire ; c'étaient des hypothèses où l'intérêt faisait défaut chez lui, le dommage n'éteignant pas réellement son patrimoine. C'est ce qui se présente parfois pour le propriétaire débiteur du transfert de la propriété de la chose détruite ou endommagée.

La destruction par un tiers de l'objet dû, consi-tue pour le débiteur un cas fortuit ; ou il est responsable du cas fortuit, et alors l'*act. L. Aq.* lui appartiendra sans difficulté ; ou au contraire le cas fortuit est à la charge du créancier et alors le propriétaire se trouvant libéré de sa dette ne souffre en réalité aucun dommage. Mais dans cette hypothèse l'*act. l. Aq.* n'appartiendra-t-elle pas à celui qui souffre du dommage ? Les textes la lui refusent, car ainsi que nous venons de le voir, pour exercer l'*act. L. Aq.*, il faut être propriétaire et c'est le débiteur qui est encore titulaire du droit de propriété.

Dans certains cas on accordera à la personne ainsi lésée l'action de dol ; c'est ce que nous dit un texte aussi explicite qu'on peut le désirer : fr. 18 § 5, D.

III, III, IV, un tiers a tué l'esclave qui m'a été promis ; j'aurais l'action de dol ; quant au propriétaire de l'esclave, comme il est libéré de sa dette on lui refusera l'*act. L. Aq.*

Il semble bien qu'il en doive être de même, extinction de l'action pour le débiteur libéré par un cas fortuit, refus de l'action au créancier qui n'est pas propriétaire, que l'objet détruit fût dû en vertu d'une stipulation ou bien en vertu de tout autre contrat.

Cependant Justinien (1), supposant une vente, et l'objet vendu dégradé, décide que le vendeur devra remettre à l'acheteur tout ce qui reste de la chose... notamment l'*act. de damni injuria*. Et cette décision est confirmée par d'autres textes (2), qui par exemple donnent la *condictio furtiva* au vendeur resté propriétaire quoiqu'il soit désintéressé dans la question et que la *condictio* ne compète au propriétaire qu'afin d'obtenir *quod interest*.

Ainsi l'*act. l. Aq.* naîtrait au profit du propriétaire, quoiqu'il lui importe peu en somme que l'objet dû péricule ou non.

Faut-il voir une contradiction entre tous ces textes ? Nous ne le croyons pas. Diverses explications ont été proposées. On a dit que les hypothèses où l'*act. l. Aq.* naissait quoique le propriétaire semblât n'éprouver aucun dommage étaient des hypo-

1. I. J. III, XXIII, § 3.

2. 35, § 4. D. XVIII, 1 ; 12 § 13. D. XVIII, VI ; 13, § 12. D. XIX, I.

thèses où il était débiteur en vertu d'une vente, contrat dans lequel le débiteur est tenu de la garde de la chose, jusqu'à la *traditio*, où par conséquent il a à prouver que le délit n'est pas imputable à sa négligence. Il peut donc éprouver un dommage réel, consistant dans la difficulté de faire la preuve requise. Au contraire, les hypothèses où l'*act. l. Aq.* ne prend pas naissance sont celles où il s'agit d'un promettant qui n'est tenu que de son dol ou de sa faute lourde et qui n'a point à redouter les difficultés de preuve pour s'exonérer d'un cas fortuit.

Cette explication repose en somme sur la distinction entre les actions de droit strict et les actions de bonne foi. Quand le débiteur est astreint à livrer un objet en vertu d'un contrat de droit strict, qu'un cas fortuit vienne à faire périr cet objet, et le débiteur est absolument libéré ; le créancier n'a plus rien à lui demander, c'est lui-même par son interrogation qui a tracé les limites de ses réclamations possibles. Quand, au contraire, un contrat de bonne foi est intervenu, le débiteur n'est pas délié de toute obligation envers le créancier ; il doit remettre à celui-ci tout ce qui reste de la chose : l'*act. l. Aq.* peut donc prendre naissance et être transmise.

Mais ne prête-t-on pas ainsi aux jurisconsultes une sorte de pétition de principes : le débiteur, libéré par un cas fortuit, demeure tenu parce qu'il lui reste quelque chose entre les mains ; ce quelque chose, c'est, entre autres, l'action ; mais

c'est justement parce que le débiteur reste encore tenu qu'on prétend que l'action a pu prendre naissance... C'est comme si l'on disait, pour mettre la chose sous une forme vulgaire, mais sensible : le débiteur a l'action, parce qu'il doit la céder, et il doit la céder, parce qu'il l'a...

Un autre mode de conciliation est suggéré par un texte de Papinien (1).

Au lieu de supposer la dégradation de l'objet dû provenant du fait d'un tiers, qu'on suppose cette dégradation provenant du fait du créancier. Ici on distinguera suivant que le débiteur était ou non *in mora* ; il sera en tous cas libéré ; mais s'il était *in mora*, il ne pourra rien réclamer ; il n'aura donc pas l'*act. l. Aq.* Au contraire, n'était-il pas en demeure, l'acte du créancier le prive du bénéfice qu'il pouvait retirer de la chose jusqu'au jour de l'exécution : on lui donnera donc l'*act. l. Aq.* contre le créancier (2).

On peut transporter cette solution dans l'hypothèse où le fait dommageable est l'œuvre d'un tiers. Il faut supposer le dommage survenu avant la demeure du débiteur (3)... alors celui-ci peut avoir intérêt à ce que cette dégradation n'ait pas lieu, elle lui enlève la jouissance de l'objet jusqu'à la livraison ; l'*act. l. Aq.* peut donc prendre naissance.

1. 54. D. h. t.

2. Basil. LX, 3, 54.

3. S'il survenait après la demeure, le débiteur étant tenu des cas fortuits aurait l'*act. l. Aq.*

Ce n'est que dans le cas où le débiteur ne justifiera d'aucun intérêt en dehors de la valeur de la chose détruite, valeur qui, en réalité, n'est plus dans son patrimoine, que cette action ne naîtra pas, et qu'il y aura lieu d'accorder au créancier l'*act. de dolo* pour remplacer celle que le débiteur ne peut lui céder (1).

D'après cela, il sera assez rare de voir l'*act. l. Aq.* refusée au propriétaire, à raison d'une obligation dont il serait tenu par rapport à l'objet dégradé.

SECTION II. — *Sujet passif de l'action.*

A. *De l'exercice normal de l'act. l. Aq.*

§ 14.— L'*act. Leg. Aq.* est délivrée contre l'auteur du dommage ; *qui servum.., Occiderit, damnas esto* ; que celui qui a tué un esclave soit condamné.

On ne tient aucun compte de la qualité du défendeur : l'*act. l. Aq.* se donne aussi bien contre un magistrat qui a outrepassé ses pouvoirs, que contre un simple particulier (2). On ne rencontre à raison du mariage, aucune modification au droit d'action, analogue à celle que les Romains ont admise en matière de *furtum* (3) ; l'idée de réparation a ici évidemment triomphé de l'idée de peine.

Bien entendu, on délivrera l'action contre le véri-

1. 48, § 5. D. IV, III.

2. 29, § 7. D. h. t. ; 42, 43. D. XVIII, VI.

3. 56. D. IX, II.

table auteur du dommage (1); notamment contre celui qui a donné l'ordre, pourvu qu'il ait le droit de le donner (2).

B. *De diverses circonstances qui peuvent influencer sur l'exercice de l'action.*

§ 15. — Diverses circonstances peuvent influencer sur l'exercice de l'*act. l. Aq.* Le dommage, au lieu d'être causé par un individu *sui juris*, agissant seul, sans aucune relation juridique antérieure avec la victime du dommage, au lieu d'être l'objet d'une demande en réparation dirigée contre cet auteur lui-même, peut être causé par un individu en puissance, par un individu agissant de concert avec d'autres, par un individu qui se trouve déjà en relations juridiques avec le propriétaire de l'objet endommagé; l'action peut ne pas avoir été exercée du vivant de l'auteur du fait dommageable. Ces circonstances influent diversement sur l'exercice d'une action, suivant qu'elle est pénale ou non, *pænæ, rei*, ou *tam rei quam pænæ persequendæ causa comparata*.

Ici l'*act. l. Aq.* a été presque exclusivement considérée comme pénale; la division nouvelle, dont nous avons signalé l'existence et qui a fait qualifier cette action, tantôt de mixte et tantôt de *rem persequens*, n'a pas pénétré; par suite, l'*act. l. Aq.* se don-

1. 7, § 3. D. h. t.

2. 169. D. L. XVII; 37. D. h. t.; 44, 45 pr. D. h. t.; 2 pr. D. IX. IV.

nera *noxaliter* au cas où le fait est commis par un individu en puissance ; pour le tout, contre tous les auteurs du fait ; enfin elle sera intransmissible passivement. Nous verrons quelles solutions il convient d'admettre au cas où des relations juridiques existaient entre l'auteur et la victime du fait.

a) *Noxalité de l'action de pauperie.*

§ 16. — Quand au lieu d'être *sui juris* l'auteur du fait illicite est un individu en puissance, l'*act. leg. Aq.* sera délivré *noxaliter* contre la personne investie de la puissance paternelle ou dominicale.

La *deditio noxalis* concorde absolument avec l'idée que nous nous efforcions de mettre en lumière au début de ce travail ; si la personne lésée est animée d'un désir de vengeance, c'est bien évidemment contre l'auteur immédiat de la lésion que se tourne ce désir ; le maître, le père ne viennent qu'en seconde ligne, lorsqu'ils refusent de laisser la victime satisfaire ce qui est besoin impérieux pour des natures sans frein. Nous retrouvons donc encore ici une trace de ces origines lointaines des actions. Sur ce point l'*act. leg. Aq.* est restée purement pénale, comme nous le disions tout à l'heure.

La possibilité de l'abandon noxal aurait pu se déduire de ce caractère même de pénalité si fort imprimé sur notre action, à de certains points de vue. Un texte (1) a pris soin de nous dire qu'il en était

1. 2 pr. D. IX, IV.

ainsi ; et il nous en donne une raison, raison qui explique le maintien de cette solution dans une civilisation plus avancée, mais qui admettait l'esclavage. Les Romains n'ont pas voulu rendre le maître ou le père responsable des délits que commettraient les personnes qu'ils avaient en leur puissance, ils se sont efforcés de se protéger contre les conséquences de faits qu'ils ne pouvaient prévoir.

Il pouvait y avoir une répartition délicate à faire, dans certains cas, entre la responsabilité qu'il convient de laisser au maître et celle qui doit appartenir à l'esclave : c'est ce que font les textes qui distingueront (1), envisageant l'esclave comme un simple instrument, quand il a reçu l'ordre du maître, lui laissant une certaine part de responsabilité quand il a agi de lui-même. Dans le premier cas, le maître sera tenu, pour le tout, même après l'aliénation de l'esclave ; et alors l'acquéreur n'aura rien à redouter : *noxæ caput non sequitur*. Si au contraire l'esclave a agi de lui-même (*si deliquit*), une certaine responsabilité pèse sur lui, l'action ne se donne que *noxaliter*, et après son affranchissement, l'esclave demeurera exposé à l'action née du délit.

Une difficulté s'était produite quand l'esclave avait agi, sans ordres, mais sans opposition du maître qui savait cependant ce que voulait son esclave. Après controverses, on avait fini par ad-

1. 2, § 1. D. IX, IV.

mettre que la victime du fait illicite pourrait agir à son gré soit contre le maître, même après aliénation ou affranchissement, soit contre l'acquéreur de l'esclave, soit même contre l'esclave affranchi : toutefois l'action exercée contre l'acquéreur épuise le droit de la victime (1). Cette solution est très admissible ; dans cette hypothèse les deux responsabilités sont en jeu ; mais il suffit que la victime obtienne une satisfaction.

Un autre texte s'occupe de ces délicates questions de responsabilité, c'est le fr. 27 § 11, D. h. t. : il s'agit d'esclaves appartenant à un fermier qui mettent le feu à la ferme ; le fermier sera tenu soit *ex locato*, soit *ex leg. Aq.*, mais *noxaliter* ; à moins qu'il ne sût avoir des esclaves vicieux, et alors il sera tenu pour le tout : *cur tales habuerit*, dit le texte.

L'abandon noxal avait en somme un fâcheux résultat pour la victime d'un délit, sûre de n'obtenir jamais que ce qu'elle aurait obtenu dans le cas d'un délit commis par un homme libre et *sui juris*, et pouvant obtenir beaucoup moins, si *l'æstimatio* était supérieure à la valeur de l'esclave délinquant. Mais l'esclavage l'avait en quelque sorte rendu nécessaire.....

A l'égard du fils de famille, il n'offrait que de moindres inconvénients ; une fois la condamnation obtenue contre lui (chose possible contre un fils de

1. 7 § 1. D. IX. IV.

famille, si elle était impossible contre un esclave), la victime pouvait agir contre le père et désormais *de peculio*. Justinien décida que ce serait la seule voie possible.

On a fait remarquer que ce n'était point du tout une idée de responsabilité du fait d'autrui qui avait fait édicter les règles que nous venons de rapporter : la règle : *noxæ caput sequitur* est en opposition directe avec une telle conception. On ne répond jamais que de son propre fait, et la loi romaine n'astreint pas le propriétaire d'un esclave à le surveiller si étroitement qu'il y ait faute de sa part quand l'esclave commet un délit ; il faut une connivence réelle entre le maître et l'esclave pour que la responsabilité du maître soit engagée.

Il faut rapprocher de ces décisions celles que les lois donnaient pour le dommage causé par un objet inanimé : le principe fut que la responsabilité du propriétaire n'était pas engagée.

Il faut en rapprocher aussi les décisions données pour le dommage causé par un animal. Une action dite *de pauperie* (1) était accordée contre le maître actuel de l'animal, qu'il fût ou non son maître au jour du dommage causé (2) ; on demandait ou l'abandon de l'animal, ou la réparation du préjudice causé (3), *æstimatio noxiæ*. Il faut que l'animal ait agi contre

1. Ou *utilis*, fr. 4. D. IX, I.

2. 1. § 17. D. IX, I.

3. 1 pr. D. IX, I.

ses instincts naturels, *contra naturam motus* (1) ; s'il agit *propter naturalem feritatem*, l'action *de pauperie* ne sera pas donnée : voilà bien ce qui montre que les Romains s'inquiétaient, pour donner l'action dont nous nous occupons, de la responsabilité de l'être animé, auteur du dommage. Comme le dit Pothier, il faut qu'il y ait *umbram injuriæ* (2).

Nous ne trouvons pas ici de décision analogue à celle que nous avons vue pour les esclaves, déclarant le maître tenu *in solidum* du délit de l'esclave qu'il savait vicieux ; cependant il y avait des dispositions de l'édit des édiles que l'on invoquait quand il s'agissait de dommage causé par un animal naturellement féroce (3).

b) *Intransmissibilité passive.*

§ 17. — La conséquence la plus frappante pour nous et la plus choquante aussi du caractère pénal de l'*act. l. Aq.* est l'intransmissibilité passive. La noxalité peut s'expliquer par l'idée d'une responsabilité amoindrie. Le cumul des peines, la solidarité, que nous allons voir dans un instant, par la nécessité de réprimer tous les délits ; au point de vue rationnel, l'intransmissibilité passive de l'*act. l. Aq.* ne s'explique pas. Elle offrait pourtant un avantage

1. 1, § 7. D. IX, 1.

2. 1, § II. D. IX, 1. Pothier, Pandectes, ad hanc legem.

3. 1. J. IV, IX, 1.

que nous allons signaler bientôt, qui explique son maintien dans le droit romain des derniers siècles.

Nous avons déjà vu que cette règle avait une origine historique ; peut-être, tout au début, quand la *pœna* était vraiment la *compositio* destinée à faire taire la vengeance, pouvait-on la réclamer aux héritiers : l'esprit de vengeance se perpétue bien de générations en générations. Mais dès que la *pœna* prit plutôt l'aspect d'une peine destinée à frapper le coupable, on en arriva à l'idée opposée ; les héritiers ne sont pas responsables des délits de leurs auteurs. Quoiqu'il en soit, les textes formulent cette règle sans la moindre hésitation (1).

Une double limitation à cette règle : l'une est due à l'effet bien connu de la *litis contestatio* (2). Le changement de cause dans l'obligation du délinquant tenu désormais non plus en vertu du délit commis, mais en vertu du contrat judiciaire (3), entraîne la possibilité pour le demandeur de poursuivre l'instance contre l'héritier (4). C'est cet effet de la *litis contestatio* qui offrait un correctif suffisant sans doute pour que les Romains n'aient pas senti la nécessité d'en apporter d'autres : les victimes d'un délit, exposées à voir périr leur créance avec le débiteur, et sachant que cette créance transfor-

1. 23, § 8, 2^o. D. IX, 11 ; 111, § 1. D. L. XVII.

2. I. J. IV, XII. 1 *in fine*.

3. 3, § 11. D. XV. 1.

4. 57. D. V. 1.

mée par la *litis contestatio* ne courrait plus ces risques d'extinction, devaient se hâter d'agir et l'on obtenait ainsi de promptes solutions, résultat toujours désirable.

D'ailleurs il y avait un autre palliatif; l'*act. l. Ag.*, quoique intransmissible se délivrait contre les héritiers du délinquant dans la mesure de leur enrichissement. Mais ceci ne dut s'introduire qu'assez tard, et d'ailleurs un enrichissement résultant du délit de la loi Aquilia devait être chose rare.

c) *De la responsabilité collective des coauteurs du délit de la loi Aquilia.*

§ 18. — De l'idée que l'auteur du fait dommageable est obligé en vertu d'un délit, les Romains avaient tiré une conséquence, qui nous étonne aujourd'hui, mais qui paraît toute naturelle pour peu que l'on se réfère aux origines. Ce que doit le délinquant à la partie lésée, c'est une *pœna*, somme d'argent destinée à apaiser le sentiment d'irritation qui l'a saisi en voyant son droit violé; l'esprit de vengeance que la loi veut apaiser n'est pas diminué, bien au contraire, quand le mal a été fait par plusieurs; on éprouve ce sentiment, non pas à l'égard de l'ensemble des coupables, mais bien en face de chacun d'eux en particulier : c'est donc à chacun d'eux en particulier que l'on demandera la *pœna*.

Ce point de vue ancien est celui qui domine à

toutes les époques de l'histoire du droit romain. Il s'est modifié un peu ; *pæna* signifiera plutôt punition pour le coupable que satisfaction pour la victime, mais le résultat sera le même, la punition doit atteindre tous les coupables : l'idée de réparation, qui entraînerait des conséquences tout autres ne s'est pas fait jour ici (1). A toutes les époques du droit romain, l'*act. l. Aq.* pourra être dirigée contre chacun des coauteurs et on obtiendra par elle autant de fois de condamnations qu'il y aura d'auteurs du délit.

On était cependant arrivé à une conception plus équitable pour certaines actions pénales ; il serait téméraire de poser une règle générale (2), cependant pour l'*actio metus*, les textes nous disent qu'elle s'éteint par une seule satisfaction (3). En sorte que pour certaines actions, nées d'un fait dommageable, les coauteurs seront tenu collectivement : chacun devra payer le tout sans que l'un ayant payé, l'autre soit libéré ; il en sera ainsi de l'*act furti* et de l'*act. l. Aq.* Pour d'autres, sans doute chacun des coauteurs sera tenu pour le tout, mais le paiement fait par l'un libérera les autres ; c'est ce qui existait pour la *condictio furtiva*, et c'est l'opposition qui est faite dans la Const. 1. C. IV, VIII.

C'est cette dernière règle qui était fondée en rai-

1. 11, § 2. D. h. t. ; 6 pr. D. XLVII, VII.

2. Accarias, Précis. II, n° 855 *in fine*, 3^e éd.

3. 14, § 15; 15. D. IV, II ; 17 pr. D. IV, 3.

son et qui a passé dans notre droit : une obligation collective existe, à n'en pas douter, à la charge de tous les auteurs d'un fait dommageable ; chacun d'eux est tenu de réparer tout le dommage, mais doit être libéré, si le paiement a été fait par un autre.

On se rapprochait donc insensiblement d'une théorie toute différente, celle qui s'est imposée pour la *condictio furtiva*, action qui n'est plus pénale, dont on nie l'origine délictuelle pour lui assigner une origine quasi-contractuelle.

Il n'y a pas à chercher à ces différences dans les solutions une raison logique (1) ; il faut s'en tenir à la raison historique (2) ; les jurisconsultes romains, sous la pression de l'équité, dans un domaine exclusivement prétorien, ou à propos d'une action qu'ils créaient, ont admis une règle qu'ils n'ont pas osé établir dans le domaine purement civil de la loi Aquilia, où de longues traditions imposaient chaque solution à donner.

d). De l'existence de relations juridiques entre l'auteur et la victime du délit.

§ 19. — La possibilité d'intenter l'*act. l. Aq.* peut se trouver modifiée par l'existence de relations juridiques antérieures, entre l'auteur et la victime du délit.

1. Demangeat, *Oblig. solid.*, p. 479.

2. Gérardin. *Solidarité*. *Rev. Hist.* 1884, 1885.

Ces relations peuvent avoir leur base, soit dans un autre fait délictueux, soit dans un lien contractuel ou quasi-contractuel.

α). Des relations naissant d'un autre fait délictueux commis par l'auteur du damnum.

§ 20. — Dans le droit actuel, si l'on se place au point de vue de la répression des délits, quand deux faits délictueux sont commis et poursuivis sans que la société dans l'intervalle des deux faits soit intervenue pour châtier le premier, la peine la plus forte est seule appliquée. Il en est ainsi quand les deux délits ont été commis sur un même objet matériel, pourvu toutefois que ces délits se détachent l'un de l'autre; solution très critiquée d'ailleurs, que bien des législations ont repoussée, adoptant soit un système d'aggravation, soit même le système du cumul des condamnations. Quant à la réparation, l'appréciation du dommage est quelque chose de tout-à-fait indépendant du point de savoir si ce dommage a été causé par un ou plusieurs faits; les mots d'absorption, d'aggravation, de cumul ne signifient rien en cette matière.

Les Romains ne connaissent pas ou connaissent mal la distinction de la peine et de la réparation; ils doivent donc envisager uniquement l'idée d'une *pœna* à payer. Quelle solution ont-ils admise?

C'est là un des points les plus malaisés à déter-

miner. Une controverse s'est produite entre les jurisconsultes romains ; mais les interprètes n'ont pu fixer les points sur lesquels portaient cette controverse, ni s'accorder sur le résultat auquel on aboutit en définitive. Le texte le plus explicite est un texte de Paul (1) ; il examine une hypothèse spéciale ; un esclave a été blessé dans une intention injurieuse pour le maître ; il y a là deux délits, délit *injuriarum*, délit *leg. Aq.* ; que va pouvoir faire la victime du fait illicite ?

Paul nous signale trois solutions données à la question. D'après quelques jurisconsultes, et parmi eux on peut citer Modestin dont un texte nous révèle l'opinion (2), le propriétaire de l'esclave blessé n'avait que le choix pur et simple entre les deux actions : *altera electa, alteram consumi* ; d'autres se décidant par un motif spécial, particulier à l'espèce, permettaient bien d'agir *ex l. Aq.* après qu'on avait agi par l'*act. inj.*, mais s'opposaient à l'exercice de l'*act. inj.* quand on avait agi d'abord *ex l. Aq.* ; une dernière opinion admettait l'exercice des deux actions, mais la seconde condamnation ne donnait jamais que la différence entre la plus haute et ce que la première condamnation avait fait obtenir.

D'après bien des interprètes une quatrième opinion se formulerait ainsi : exercice des deux actions et cumul intégral des deux condamnations. On in-

1. 34. D. XLIV, VII.

2. 53. D. XLIV, VII.

voque de nombreux textes à l'appui ; notamment le fr. 15, § 46, D. XLVII, X. Ulpien et Labéon, qu'il cite, dans l'hypothèse même que Paul avait en vue, donnent, dit-on, une autre solution : on a intenté l'*act. inj.*, on veut maintenant intenter l'*act. l. Aq.* ; on le peut ; il n'y a pas *eadem res*, dit Labéon. C'est aussi la solution que contient un passage d'Hermogénien, qui, supposant un fait donnant naissance à deux actions pénales, comme le fait de couper les arbres (*act. arb. furt. cæs.*, *act. l. Aq.*), décide que la victime pourra tenter toutes les voies qui lui sont ouvertes ; et c'est, nous dit-il, la solution qui a triomphé non sans de grandes difficultés. On cite encore le fr. 2, pr. D. XLVII, I, où Ulpien nous dit : la concurrence de plusieurs délits n'assurera pas l'impunité : car un délit ne saurait retrancher une peine encourue pour un autre délit.

On a pu douter de l'exactitude de cette interprétation des textes ; Paul, a-t-on dit, ne mentionne pas cette solution (1), cumul intégral des condamnations, solution qui aurait été celle de son contemporain Ulpien, et celle de son maître Papinien (2). Pour les textes que l'on cite et que l'on prétend

1. On a d'ailleurs pu voir la mention de cette solution dans l'indication de la seconde opinion rapportée par Paul ; ce ne serait que l'opinion des partisans du cumul, tempérée en l'espèce par un motif spécial : les deux actions peuvent être exercées, les deux condamnations cumulées, seulement ici l'*act. inj.* ne peut pas être intentée après l'*act. l. Aq.* à cause de la formule qui est *in b. et æ. concepta*.

2. Fr. 6. D. XLVIII, V.

admettre le cumul intégral des condamnations, on fait remarquer qu'ils ne parlent jamais que de la possibilité d'intenter les deux actions sans s'expliquer sur le résultat qu'elles pourront donner. Il n'y aurait alors eu en thèse générale que deux opinions : celle qui admettait la consommation d'une action par l'autre, puis celle qui aurait été définitivement adoptée et qui n'admettant pas l'extinction de la seconde action quand l'une avait déjà été exercée, restreignait le bénéfice possible de cette seconde action au *quod amplius altera continet*.

Mais rien ne saurait à notre sens valoir contre les textes qui comme le fr. 2 pr. D.XLVII.I disent : *non delictum ob aliud delictum minuit pœnam*. Ces textes ne peuvent pas signifier autre chose que ceci : la seconde condamnation sera prononcée intégralement. Ils semblent bien prouver l'exactitude de la quatrième opinion. Tous les textes qui restreignent le montant de la seconde condamnation au *quod amplius* sont du reste de Paul, qui donnait peut-être là l'expression d'un sentiment personnel : l'*act. l. Aq.* lui semblait moins pénale que réparatrice, point de vue que nous verrons adopté plus loin dans une matière voisine.

Ce sentiment se serait fait jour encore dans une autre hypothèse particulière, où d'ailleurs il s'expliquait parfaitement. C'est l'hypothèse prévue par le fr. 1. D. XLVII.VII. La *l. Aq.* et la loi des XII tables punissaient toutes deux le fait d'avoir coupé les ar-

bres d'autrui ; pouvait-on agir à la fois *ex l. Aq.* et par l'*act. arb. f. c.* ? Labéon avait répondu affirmativement. Paul reproduit sa solution, mais avec cette restriction formulée par Trebatius : le juge de la seconde action doit opérer la déduction de ce qui a été obtenu dans la première condamnation et ne condamner qu'au surplus.

Quoique l'on en ait pensé, les Romains ne semblent pas avoir tenu compte de cette circonstance qu'il s'agissait ici d'un même délit prévu et puni sous deux noms différents ; ils ont appliqué ici, s'ils l'ont appliquée ailleurs, la règle du cumul des condamnations. Et en effet le fr. 32 D. XLIV. VII d'Hermogénien donne comme exemple d'un délit d'où peuvent naître plusieurs actions précisément le fait d'avoir coupé les arbres d'autrui ; il se met ainsi en contradiction directe avec le texte de Paul au titre *Arb. furt. cæs.* Un texte d'Ulprien que l'on signale quelquefois comme exceptionnel et assez étrange se trouve d'accord avec cette solution ; c'est le fr. 11 § 2 D. XI. III : il s'agit d'un esclave qui a volé sur les conseils d'un tiers. Ce tiers sera tenu de l'*act. de S. C.* ; en outre, dit Ulprien, et bien que, à l'égard des choses volées l'*act. S. C.* nous soit donnée, nous aurons encore l'*act. furt.* ; le tiers s'est rendu complice du vol, par le mauvais conseil donné ; et il ne suffit pas que l'on ait agi par l'une des actions, car

1. Accarias. Précis II. 3^e éd. p. 1106.

l'une ne retranche rien de l'autre, *quia altera alteram non minuit*.

Ainsi les Romains admettaient que l'exercice des deux actions était possible et permettaient à la victime d'obtenir deux condamnations ; c'est bien là ce qui paraît résulter des textes ; solution choquante pour nous qui envisageons l'*act. l. Aq.* comme une action en réparation, mais solution toute naturelle pour les Romains.

On a fait remarquer que les restrictions mises par Paul au cumul des condamnations ne s'appliquaient qu'à des faits indivisibles, où la pensée seule découvrait deux délits ; la controverse ne se serait pas étendue à toutes les hypothèses, l'opinion de Paul aurait triomphé en un point ; le cumul n'aurait été admis que lorsque le fait était divisible, comme lorsqu'un esclave a été dépouillé de ses vêtements et est par suite mort de froid (1). Sans nier qu'il y ait une différence entre les deux hypothèses, nous ne pensons pas qu'elle ait été sentie des Romains : on l'a fait remarquer, Ulpien admet le cumul intégral dans l'hypothèse même où Paul n'admet que le cumul restreint (2). Papinien (3) supposant un *stuprum* commis sur une *ancilla aliena*, fait indivisible, admet également le cumul intégral.

Les mêmes règles étaient appliquées quand il s'a-

1. 14. 1. D. XIX, V.

2. 15. 46. D. XLVII, X.

3. 6 pr. XLVIII, V.

gissait d'un fait délictueux qu'on pouvait atteindre par une action honoraire et par une action civile. C'est en effet à l'occasion du dommage causé par un animal, vaguant sur la voie publique, chose interdite par l'édit des édiles, et dommage dont on poursuit la réparation par l'*act. de paup.*, que Justinien aux Institutes nous dit que les actions pénales ne se consomment pas l'une l'autre.

Cependant il ne faut pas oublier que l'une des actions les plus importantes parmi les actions honoraires, l'*act. de dolo*, présente un caractère subsidiaire qui ne permettra pas de l'intenter à celui qui a une autre action pénale à sa disposition (1). Il en était autrement, il est vrai, quand elle se trouvait en concours avec l'*act. q. m. c.* (2). Seulement ici il n'y avait qu'un choix à opérer, *consumi alteram actionem per alteram*.

(β) *Des relations naissant d'un contrat intervenu entre l'auteur et la victime du délit.*

§ 21. — Au lieu d'un fait délictueux, origine d'un lien juridique entre l'auteur et la victime du délit, on peut supposer un lien contractuel ou quasi-contractuel.

Des auteurs ont posé en principe que l'on n'a pas

1. 7, § 4. D. IV, III.

2. 14, § 13. D. IV, II.

à s'occuper de l'existence ou de l'absence d'un tel lien ; si le fait dommageable constitue le délit de la *l. Aq.*, la partie lésée aura l'*act. L. Aq.*, dans les conditions déterminées d'une manière générale, sans qu'on s'inquiète de l'existence des relations juridiques antérieures entre l'auteur et la victime du délit.

I. Ce point de vue semble admis par les textes en ce qui concerne les faits dommageables qui à la fois rentrent dans les prévisions de la *l. Aq.* et violent la loi du contrat ; on peut même dire d'une manière plus générale que le fait qui se présente en même temps comme une faute contractuelle et comme un délit donne naissance aux deux actions, l'action du contrat, l'action pénale ; c'est bien ce qui est dit au fr. 29 pr. D. XVI, III ; une somme d'argent confiée en dépôt est employée sans que le déposant y ait consenti : le dépositaire sera tenu et de l'*act. depos.* et de l'*act. furt.* (1).

Seulement la victime du fait dommageable qui peut intenter les deux actions n'obtiendra pas toujours le montant total des condamnations : si elle a entre les mains une action contractuelle et une action délictuelle qui soit purement pénale, alors sans doute les deux condamnations seront encourues ; il en sera autrement si l'action née *ex delicto* pré-

1. V. encore le fr. 34, §§ 1, 2.D. XLIV, VII. Un texte se montre en opposition formelle : fr. 71, pr.D, XLVII, II. Y a-t-il comme on le dit d'ordinaire une erreur de copiste et faut-il lire *condict.furt.* au lieu d'*act. furti*, ou bien y eut-il une controverse qui nous est inconnue... ?

sente un caractère autre, lorsque l'idée de réparation s'est substituée, partiellement au moins à l'idée de peine. Les jurisconsultes admettent alors que le demandeur obtiendra seulement le résultat que pourrait lui donner la plus favorable des deux actions ; c'est bien la théorie qui se dégage des ffr. 45 à 51, Pro Socio. D. XVII, II. Si l'associé a détérioré un objet commun, il sera tenu de l'*act. leg. Aq.*, fr. 47 § 1 Pr. S. ; bien plus il sera tenu de l'*act. pr. s.*, si cette détérioration porte préjudice à la société ; ffr. 48 et 49. Si au lieu d'un objet détérioré, on suppose un objet commun volé par l'associé, l'*act. furti* et l'*act. pr. soc.* seraient de même données contre lui, fr. 45 ; mais la différence entre ces deux hypothèses, c'est que l'associé victime du vol pourra obtenir le montant des deux condamnations : tandis que l'associé victime du *dam. inj. dat.* n'obtiendra jamais qu'une satisfaction : *quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad pœnam duntaxat* ; c'est qu'en effet dans le second cas les deux actions tendent en somme toutes deux à la réparation, et que l'une d'elles n'a pas comme l'*act. furt.* exclusivement une peine pour objet.

On le voit, nous retrouvons ici l'idée nouvelle qui s'était fait jour dans la classification des actions ; l'*act. l. Aq.* poursuit *rem* ; voilà ce que nous dit le texte que nous venons de citer ; au cas où elle est donnée au double, comme l'action née du legs *pœa damnationem* quand elle est donnée au double, elle

devient *mixta*, *rem* et *pœnam* *persequens*. L'esprit observateur des jurisconsultes avait reconnu que l'*act. l. Aq.* tendait uniquement à la réparation, et ils avaient admis qu'elle ne poursuivait pas *pœnam* : mais la classification ancienne, il ne faut pas l'oublier, subsistait encore ; quoique poursuivant *rem*, l'*act. l. Aq.* était une action pénale, et la plupart des conséquences à déduire de cette qualification avaient persisté. Ce n'était que sur ce point particulier, quand l'*act. l. Aq.* était en présence d'une action poursuivant également la *res* que les jurisconsultes avaient trouvé injuste le cumul des condamnations et avaient recouru à la division basée sur le but des actions ; l'*act. l. Aq.* était alors traitée autrement que les autres actions pénales, rangées cependant dans une même catégorie, si l'on s'en tenait à la division ancienne.

Le début du fr. 34 § 2 D. XLIV, VII contient aussi la confirmation de cette règle : on a répondu, dit le texte, au sujet du fermier, que s'il avait détourné quelques objets sur le fonds loué, il serait tenu et de la *condictio* (*furtiva*) et de l'*act. furti* ; de plus on aura contre lui l'*act. ex loc.* ; et *pœna quidem furti non confunditur, illæ autem inter se miscentur* : la *pœna* que l'on réclame par l'*act. furti* ne se confond pas avec les autres condamnations, qui au contraire se mêlent. C'est bien encore la distinction de l'action *pœnam pers.* et de l'action *rem pers.* ; et nous notons que ici l'*act. l. Aq.* se rapprochait de la *condictio furtiva*.

La victime du *dam. inj. dat.* peut donc réclamer la plus forte condamnation possible, lorsque à côté de l'*act. dam. inj.* elle a une action contractuelle. Si elle a exercé d'abord la moins favorable des deux actions elle pourra intenter la seconde et obtenir condamnation pour ce qu'elle a obtenu en moins par la première : *hoc minus consecuturum quam ex causa commodati consecutus est*, nous dit Ulpien, fr. 7 § 1, D. XIII, VI. Le jurisconsulte suppose dans ce texte qu'un commodant se trouve avoir l'*act. l. Aq.* et l'*act. commodati* ; il décide qu'en intentant l'*act. com.*, le commodant devra faire remise de l'*act. l. Aq.* ; il se reprend pour dire que cependant on admet avec raison l'exercice de l'*act. l. Aq.* dans la limite que nous venons d'indiquer. Paul, à la fin du fr. 34 D, XLIV, VII que nous avons déjà cité, suppose, lui aussi, un commodant nanti à la fois des deux actions ; et il admet qu'il pourra exercer l'*act. l. Aq.* pour la portion de la condamnation qui dépasse la condamnation obtenue par l'*act. com.*, à raison du retour à trente jours en arrière prescrit par la *l. Aq.* pour l'évaluation du dommage. (1)

Ces textes que nous venons d'examiner admettent sans autre observation la possibilité d'exercer

1. La fin du texte contient certainement une erreur de copiste : parmi toutes les corrections proposées, la plus simple paraît la meilleure : il n'y a qu'à déplacer une négation et à lire : *quia simplò non accedit, et, simplò subducto, locum habet*, entendant par *simplum* la valeur de la chose au jour où elle est détruite et non la valeur telle qu'elle est déterminée par le calcul spécial de la *l. Aq.*, *simplum* déjà obtenu par l'*act. com.*

l'*act. l. Aq.*, après l'action contractuelle, à raison de l'avantage plus grand qu'y doit trouver la victime du fait dommageable. Ce résultat n'avait pas été admis sans difficulté; Paul, dans le fr. 34, § 2, D. XLIV, VII, nous l'indique peut-être (1) par ces mots : *Post commodati, an Aquiliæ remaneat dubitatur*; Ulpien, dans le fr. 7, § 1, D. XIII, VI, nous le montre certainement; il refuse d'abord la possibilité d'agir *ex l. Aq.* : *æquissimum est ut commodati agendo, remittat actionem*, à moins qu'on ne dise, continue-t-il, qu'il pourra avec l'*act. l. Aq.*, etc... ce qui paraît raisonnable : *nisi forte quin dixerit... quod habere rationem*. Il n'y avait donc probablement pas là une règle fermement établie; un texte assez peu connu va peut-être nous donner la raison des ces hésitations.

Notons d'abord combien il est contraire à ce qui semble avoir été l'esprit du droit romain, qui est si avare d'actions en général, combien il lui est contraire d'admettre ainsi l'exercice successif de deux actions, cela pour la garantie d'un seul et même intérêt : *quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet*, fr. 43, § 1, D. L, XVII.

Il y avait là une première raison pour ne pas ac-

2. Nous disons *peut-être* parce que la *dubitatio* que signale Paul pouvait être causée par la nature particulière et tout artificielle de l'augmentation que pourrait l'*act. l. Aq.*, non pas par une discussion générale sur la survie de la seconde action.

corder l'exercice de l'*act. l. Ag.* quand satisfaction avait été obtenue par l'action contractuelle. En outre, on pouvait se demander si le demandeur n'était pas en faute de n'avoir pas tout d'abord intenté l'action la plus avantageuse pour lui. On devait donc tout au moins lui refuser d'exercer cette action en second lieu, quand il ne prouvait pas que cette faute ne lui était pas imputable. Et c'est bien ce qu'admet un texte de Ulpien, fr. 12, § 1, D. XIII, I.

La *cond. furt.* est refusée au communiste qui veut l'intenter contre le communiste qui a dérobé la chose commune, s'il a déjà agi par l'*act. com. div.*; mais s'il n'a fait que subir l'exercice de l'*act. com. div.*, il pourra intenter la *cond. furt.*; c'est donc que le jurisconsulte refuse l'action qui permettrait d'obtenir un avantage plus grand, quand le titulaire des deux actions a à se reprocher de n'avoir pas tout d'abord choisi celle qui était préférable. Ce texte paraît unique, mais est trop formel pour que sa décision ne doive pas être prise en considération. On peut d'ailleurs expliquer ainsi les textes nombreux (1) qui refusent absolument l'exercice de l'*act. l. Ag.* lorsque satisfaction a été obtenue par une première action; le titulaire des deux actions n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il a choisi l'action la moins avantageuse.

1. 18. 1. D. XIII. VI; 43. D. XIX, II; 27, 11 D. H. T. On explique aussi ces textes assez simplement en disant que sans doute l'*act. l. Ag.* n'offrait aucun avantage en fait.

II. On a prétendu que lorsque les relations contractuelles antérieures au fait dommageable dégagèrent entièrement la responsabilité conventionnelle de l'auteur du fait, la victime n'en conservait pas moins le droit d'agir *ex l. Aq.* « On ne voit pas comment, « a-t-on dit, un fait qui me serait imputé étant « commis envers une personne à laquelle je ne devais rien, cesserait de m'être imputable par suite « d'une obligation que j'aurais contractée. »

Il est aisé de répondre à cette raison, qui a plus d'apparence que de solidité, que les parties, en contractant, se sont placées dans une situation spéciale qui doit faire écarter la théorie de la responsabilité en général.

Dans la matière de la responsabilité contractuelle, tout est subordonné à l'intention des parties dont la volonté ne rencontre qu'une seule limitation, relative au dol dont elles ne peuvent s'affranchir par avance. Hors cela, la volonté des parties est souveraine ; aussi est-ce un résultat peu acceptable de voir la partie lésée agir *ex l. Aq.*, l'action du contrat lui faisant défaut, parce que la responsabilité contractuelle n'est pas en jeu.

D'ailleurs, l'un des éléments du délit de la *l. Aq.* manque : le *damnum* n'est plus *injuria datum* ; la convention, si elle ne l'a pas rendu licite, lui a du moins enlevé son caractère délictueux, et la raison de cet adoucissement à la responsabilité normale se trouve dans ce que nous disions tout à l'heure : les

parties se sont placées dans une situation spéciale. C'est bien le point de vue qui ressort du fr. 54, § 2, D. XLI, I.

Modestin suppose un homme libre, *bona fide serviens* : il s'obligera, nous dit-il, en nous causant un dommage ; toutefois, il faut exiger que la faute qui cause le dommage soit plus grave que celle que l'on exigerait d'un étranger. Il ne s'agit sans doute pas dans ce texte d'un contrat ; mais il y a une situation spéciale qui crée des rapports incessants d'où doit résulter une atténuation de responsabilité. A plus forte raison en doit-il être ainsi quand, au lieu d'un état de fait, il y a eu une convention entre les parties.

On a cependant apporté à l'appui de l'opinion, que nous rejetons bien des textes ; nous ne croyons pas qu'ils aient une valeur probante.

Les uns statuent dans des hypothèses où l'action du contrat est ouverte également, où, par suite, la victime du fait dommageable a le choix entre les deux actions et même peut les intenter toutes deux, sauf à n'obtenir condamnation que dans les limites de l'action la plus avantageuse ; ainsi le fr. 18, § 1, D. XIII, VI...

Les autres admettent, il est vrai, l'exercice de l'*act. l. Aq.* et refusent l'action contractuelle ; mais ces textes s'expliquent par une considération toute particulière : la réparation du dommage causé ne peut pas être poursuivie, parce que le dommage a

été causé par un fait entièrement étranger aux stipulations des parties ; c'est un apprenti ingénu, que le patron blesse dans un mouvement de colère ; le père ne peut avoir l'action *locati*, parce que le contrat a pour objet le salaire dû et le travail fourni et non la personne d'un homme libre.

Cette raison n'apparaît pas, il est vrai, dans le texte qui contient l'espèce que nous avons formulée (1) ; on pourra peut-être prétendre que ce ne fût pas l'idée romaine. Seulement, alors, il faudra s'attacher au texte de plus près, et on y relèvera des étrangetés qui pourront faire douter de son intégrité. Ulpien cite le jurisconsulte Julien : le jurisconsulte hésitait à accorder l'*act. ex locato*, parce qu'un patron n'a que le droit de châtier légèrement son apprenti, *levis duntaxat...*, le raisonnement semble un peu incohérent, une négation paraît nécessaire près du verbe *dubitat*, en sorte que le texte voudrait dire : Julien n'hésite pas à accorder l'*act. ex loc.* parce que...

Ce qui change cette supposition en une véritable certitude c'est le fr. 13 § 4 D. XIX. II. Ulpien dans ce texte reprend l'hypothèse qu'il a déjà étudiée : *supra diximus* ; il nous dit que Julien accordait l'*act. ex loc.* au père ; car, si le patron a un léger droit de correction, celui-ci a évidemment dépassé la mesure ; quant à l'*act. inj.*, Ulpien nous dit dans les

1. 5, 3, D. h.t.

deux textes que Julien la refusait. Ainsi il est hors de doute que le premier texte est altéré ; nous sommes ici encore dans une hypothèse où l'*act. ex. l. Aq.* était en concours avec l'action contractuelle.

D'autres textes s'appliquent en dehors des relations contractuelles ; l'un est le fr. 12, § 6. D. XL. XII, qui prévoit la même hypothèse que le fr. 54, § 2 D. XL. XII ; et décide simplement que le *bona fide serviens* qui a causé un dommage doit le réparer ; mais rien n'empêche que l'on ne puisse y sous-entendre le tempérament indiqué au fr. 54 ; et il en peut bien être de même dans les autres hypothèses (1).

Enfin il semble qu'il faille mettre en dehors de la controverse un texte que l'on y apporte souvent, le fr. 27 § 29 h. t. On confie à un artisan une pierre précieuse pour qu'il y tourne un vase : la pierre est brisée : si le bris est dû à l'impéritie de l'ouvrier, il sera tenu de l'*act. l. Aq.* ; si le bris est dû à un vice de la matière, il peut être excusé. On prétend que ce texte accorde l'*act. l. Aq.* alors que la responsabilité contractuelle n'est pas encourue. Il suffit cependant de lire la fin du texte pour écarter une pareille interprétation : aussi, continue le texte, les ouvriers ont-ils l'usage de stipuler, lorsque on leur remet des matériaux, qu'ils n'entendent pas faire la chose à leurs risques ; et cette stipulation a pour ef-

tet de retirer au propriétaire de la matière et l'*act. ex locato* et l'*act.-l. Aq.*

Et ce texte est encore éclairé par le fr. 13 § 5 D. XIX. II, qui suppose une pierre précieuse donnée à monter et brisée : si le bris provient du vice de la matière, pas d'action ; s'il provient de l'impéritie de l'ouvrier, action *ex locato* ; et le texte prévoit la stipulation contraire à celle que prévoit le texte cité plus haut, celle par laquelle l'ouvrier prend la charge des cas fortuits.

Il est clair que les deux hypothèses sont identiques ; quand l'accident est dû à l'impéritie de l'ouvrier, celui-ci, de droit commun, est tenu et de l'action du contrat et de l'*act. l. Aq.* ; il échappe à la fois aux deux responsabilités quand l'accident est dû aux vices de la matière : les deux textes, comme les fr. 30 § 2 D. XIX. II. et 27 § 23 h. t. s'occupent avant tout de déterminer les bornes de la responsabilité contractuelle, et celle-ci trouvées, indiquent que l'*act. l. Aq.* est ouverte quand la responsabilité contractuelle est encourue, qu'elle est fermée dans l'hypothèse inverse. Il semble donc qu'ils pourraient bien plutôt être invoqués dans le sens de l'opinion que nous venons d'adopter.

Si nous voulons résumer ces longs développements sur la responsabilité délictuelle, alors que des relations existent entre l'auteur et la victime du délit, nous dirons que si ces relations sont dues à un lien contractuel, le fait que la faute contractuelle

constitue également, pour employer un langage commode, une faute délictuelle, permettra à la victime de l'acte dommageable de demander une indemnité égale à la plus forte indemnité possible ; mais rien de plus. Notons qu'il n'y a rien à transporter de ces décisions dans notre droit ; l'intérêt de la question, tout spécial au droit romain, est dû au mode d'évaluation artificiel de la loi Aquilia qui permettait parfois d'obtenir un enrichissement. Le fait que la faute délictuelle ne constitue pas une faute contractuelle exclut l'action en réparation du droit commun.

Si les relations sont dues à la coexistence d'un autre délit, l'action en réparation, considérée toujours par les jurisconsultes comme une action pénale permet en tout état de cause d'obtenir une condamnation.

SECTION IV. — *Résultat de l'action de la loi Aquilia.*

§ 22. *Détermination de la pœna ; de l'infinitio du défendeur.* — L'*act. l. Aq.* aboutissait à une *pœna*. Cette *pœna* était variable ; la mesure que l'on prenait pour arriver à la détermination de l'amende dans chaque espèce, était le quantum du dommage causé ; la victime a un besoin de vengeance d'autant plus grand que ses intérêts matériels sont plus atteints. L'*act. l. Aq.* à ce point de vue ressemblait donc à une action en réparation ; ce n'en était pas moins

une *pæna* qu'elle servait à obtenir au sens original du mot. Plus tard on dira qu'elle poursuit *rem*, et alors le mode de détermination de la somme à payer est en accord parfait avec le but poursuivi.

S'agissait-il des dommages du premier chapitre, on recherchait quelle avait été la plus haute valeur de l'esclave ou de l'animal tué dans l'année qui avait précédé le meurtre. S'agissait-il des dommages du troisième chapitre, on recherchait quelle avait été la plus haute valeur dans les trente jours avant le fait dommageable. *Gaius* (1) nous apprend que le texte du troisième chapitre ne portait pas le mot *plurimi*, d'où l'on avait conclu que le juge pouvait s'attacher à un jour quelconque pour apprécier la valeur de l'objet détruit.

Quand l'objet détérioré avait conservé une certaine valeur, on devait déduire du chiffre de la condamnation cette valeur qui restait au propriétaire. C'est ce que l'on décidait pour l'*act. arb. furt. cæs.* (2) et pour l'*act. de S. C.* (3).

La valeur s'apprécia différemment aux différents âges du droit romain. La loi disait : *quanti in eo anno plurimi ea res fuerit*, ce qui devait s'entendre de la valeur vénale de l'objet. Les jurisconsultes firent ajouter dans la condamnation, à la valeur déter-

1. C. III, § 249.

2. 8 pr. D. XLVII, VII.

3. Ou du moins la condamnation dans l'*act. S. C.* n'était que de la diminution de valeur subie par l'esclave : 9 § 3. D. XLVII, III.

minée par le procédé spécial de la loi, la réparation des pertes accessoires subies par le demandeur; la condamnation fut de l'intérêt que le demandeur avait à ce que l'objet du dommage n'ait pas été atteint (1). Cette transformation de l'idée première est bien indiquée par Justinien (2), *illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit...* C'est d'ailleurs, semble-t-il, l'évolution générale en matière de dommages-intérêts ; cela paraît bien résulter de nombreux textes où l'on donne à l'expression *quanti res est* le sens de *quod interest*, alors qu'elle dut avoir un sens autre.

La *l. Aq.* prononçait la peine du double contre le défendeur qui niait le fait et était convaincu d'avoir nié à tort. Cette disposition s'explique par la préoccupation constante des Romains de mettre obstacle aux procès, et devait trouver sa base plus proche dans la formule même qu'employait la loi (*damnas esto*), ce qui dénotait une assimilation plus ou moins complète avec l'action donnée à la partie qui avait obtenu un jugement. Le *simplum* dû à raison de l'*infitiatio* était une vraie *pœna*, une peine de procédure ayant sa base dans un délit spécial et distinct de celui de la *l. Aq.*, et l'on s'explique alors que Gaius appelle *mixtæ* des actions se doublant par l'*infitiatio* et qui, au simple, tendent seulement à la *rei persecutio*.

1. 21, § 2, h. t.

2. I. J. IV, III, § 10.

III

DES EXTENSIONS ET DES COMPLÉMENTS DE LA LOI AQUILIA.

§ 23. — Nous avons été forcés dans les explications qui précèdent de faire de fréquents emprunts à des textes qui s'occupaient non plus de la loi Aquilia en elle-même, mais de ses extensions, de ces compléments.

Il s'agit maintenant de présenter un tableau de ces développements.

CHAPITRE I.

L'«ACTIO LEGIS AQUILIÆ» ACCORDÉE A D'AUTRES QU'AU
PROPRIÉTAIRE.

SECTION I. — *Action fictice utilis l. Aq. accordée
au pérégrin.*

§ 24. — L'*act. l. Aq.* ne compétait qu'au *dominus*; les préteurs accordèrent au pérégrin victime d'une lésion dans l'un de ses biens une action fictive (1); le vieux droit civil ne reconnaissait pas le

1. G. C. IV, § 37.

droit de propriété de l'étranger. Cette extension de la loi Aquilia n'est intéressante que par le procédé auquel recourut ici le préteur, la formule est délivrée avec cette fiction : si le demandeur était citoyen Romain...

SECTION II. — *Action donnée aux titulaires d'autres droits réels que la propriété et au possesseur de bonne foi.*

§ 25. — Le préteur qui avait jugé utile d'accorder l'*act. l. Aq.* au pérégrin, jugea bon également de l'accorder à d'autres titulaires de droits réels que le propriétaire (1) et même au possesseur de bonne foi (2). Ils auront même l'exercice de ces actions contre le propriétaire sans doute pour l'intérêt qu'ils avaient à ne pas voir l'objet lésé, intérêt qui pourra être inférieur à la valeur vénale de la chose.

Ces actions sont des actions *in factum*, des actions *utiles exemplo Aquiliæ*. On peut trouver curieux que le préteur n'ait pas recouru ici au mécanisme de l'action fictice.

1. α) Usufruitier, usager, 41, § 10, h. t.; 8, § 3. D. VII, 1; 43, h. t. — β) créancier gagiste : 17 pr. h. t. ; des textes semblent ne vouloir lui accorder l'action que dans certaines hypothèses.

2. Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de distinguer l'*act. in factum* que les textes donnent ici de l'*act. utilis* qu'ils accordent à l'usufruitier, de même que l'on admet que l'*act. in factum* accordée par Ulpien à la place de l'*act. l. Aq.* (2, 7. D. IX, 1), est bien l'*act. utilis l. Aq.* ; 41, § 8, h. t. ; 17, pr. h. t.

SECTION III. — *Action donnée à l'homme libre atteint dans sa personne physique.*

§ 26. — Enfin une action *in factum*^{*} avait été accordée à l'homme libre dont quelqu'un avait brisé un membre; il l'exerçait lui-même, s'il était *sui juris*; c'était le père de famille qui l'exerçait au cas contraire (1).

On s'est demandé si, au cas où la blessure amenait la mort sans que l'homme libre blessé ait agi, les héritiers recueillaient l'action dans la succession? Les textes ne tranchent pas la question, que nous sachions; rien ne peut nous apprendre si une modification avait été apportée ici aux règles sur la transmissibilité de l'action. D'autre part on pourrait se demander si les parents de l'homme libre tué n'avaient pas une action propre en indemnité; ici encore les textes semblent muets.

1. 43, pr. h. t.

CHAPITRE II

L' « ACTIO LEGIS AQUILÆ » ÉTENDUE A DES DOMMAGES
CAUSÉS SANS QU'IL Y AIT UNE RELATION MATÉRIELLE
ENTRE L'AUTEUR DE LA LÉSION ET L'OBJET LÉSÉ.

§ 27. — Ce n'étaient en somme là que des essais timides et peu intéressants pour nous. La première tentative un peu hardie qui fut faite pour élargir la protection de la propriété, fut celle qui consista à accorder une *act. l. Aq. utilis*, sans que l'auteur du dommage fût intervenu par un acte matériellement, tangiblement lésif. L'*act. utilis* qui est accordée dans ces hypothèses devait revêtir tous les caractères de l'*act. directa* (1).

Un des passages les plus curieux qui nous révèlent cette distinction de l'*act. utilis* et de l'*act. directa* est celui qui accorde l'*act. dir. l. Aq.* contre la

1. Ceci nous est dit formellement pour le doublement au cas de *infirmitati* par la Const. 5. G. h. t. ; on peut invoquer le fr. 12 D. h. t. qui concerne l'*act. utilis* accordée à l'usufruitier pour l'application du mode de calcul spécial. Enfin pour la responsabilité collective qui atteignait tous les coauteurs du délit, on peut observer que le fr. 14 § 2 qui est le plus formel sur ce point, semble statuer dans une espèce où les jurisconsultes ne donnaient qu'une *act. utilis* ; il y avait certainement là une extension : fr. 54 § 1 h. t.

sage-femme imprudente qui a administré un poison au lieu d'un remède et qui accorde seulement l'*act. utilis* contre celle qui s'est bornée à mettre le poison à la portée de la victime (1). Cette extension de la *L. Aq.* est certainement très ancienne ; l'exemple est emprunté à Labéon... Et il devait en être ainsi ; si le législateur primitif ne s'était attaché qu'aux lésions directement causées par un acte matériel, cela tenait pour beaucoup à l'état peu avancé de la société. Mais la différence entre le *occidere* et le *causam mortis præstare*, pour les hypothèses du premier chapitre, se justifiait trop peu au point de vue moral comme au point de vue logique, pour que du jour où les Romains virent le mal revêtir des formes plus compliquées, on ne traitât pas de même ou sensiblement de même les actes qui offraient tant d'analogie.

Il semble que ce fut de même par une extension, ancienne sans doute, que l'on pût atteindre les dommages causés, non pas directement par un fait, mais indirectement par les conséquences de ce fait ; le fait ayant été plutôt la *causæ præstatio* que la cause directe : au fr. 27 § 9 D. h. t., Ulpien accorde l'*act. utilis* dans le cas où un esclave négligent a laissé le feu prendre à la villa. Ce serait également une *act. utilis* qui serait donnée dans l'hypothèse du fr. 30 § 3, D.

1. 9 pr. h. t. — Bien entendu, il s'agit d'une sage-femme qui accouche une femme esclave ; autrement il ne pourrait jamais être question que d'une *act. in factum*.

h. t. : un cultivateur a mis le feu à des herbes sèches dans son champ, sans s'inquiéter de ce qu'il en adviendrait, et le feu s'est communiqué aux récoltes du voisin...

§ 28. — *Aggravation de la répression dans une hypothèse particulière.* — La répression du *dam. inj. dat.* parut insuffisante au préteur quand il était commis par une réunion d'hommes agissant avec violence. Cicéron (*pro Tullio*, 2), nous apprend que le préteur Lucullus inscrivit une nouvelle formule d'action pour y remédier; c'est l'action *vi bonorum raptorum*. Peut-être n'était-ce qu'une variante de l'action de dol (1); en tout cas elle était pénale (2); elle atteignait tout dommage causé avec dol et violence au moyen d'une réunion d'hommes armés (3); plus tard, elle ne s'appliqua plus qu'au dommage causé par un vol de meubles (4), fût-il commis par un seul individu. La condamnation était au quadruple du *verum rei pretium*, nous dit Ulpien (5), et l'on a prétendu qu'il n'y aurait pas eu ici l'extension générale que nous avons signalée au sujet de l'appréciation des dommages-intérêts, de la *pœna l. Aq.* L'impossibilité d'expliquer cette différence avec l'es-

1. Les mots de *dolo malo* se retrouvent dans la formule et la condamnation entraîne l'infamie. Il est vrai que la formule générale de *dolo* semble avoir été postérieure.

2. Elle fut envisagée plus tard comme mixte : G. IV. 8.

3. Dans le *Pro Tullio*, il s'agit d'esclaves tués.

4. De là le nom d'*act. vi bonorum raptorum*.

5. 2 § 13. D. XLIII. XVI. — Savigny. Appendice XII.

timation du *simplum* au cas de *furtum* a fait contester la portée du texte d'Ulpien.

Une année utile écoulée, l'action ne sera plus donnée qu'au simple : mais alors on n'en aperçoit plus guère l'utilité.

CHAPITRE III

DES ACTIONS DESTINÉES A RÉPARER LE DOMMAGE CAUSÉ
AU PATRIMOINE SANS QU'IL Y AIT LÉSION D'UN OBJET
CORPOREL.

§ 29. — Le dommage pouvait être causé sans qu'il y eut une lésion corporelle ; le patrimoine pouvait être atteint sans qu'un objet du droit de propriété fût dégradé, quoique d'ailleurs il y eût dommage matériel, ou même sans qu'il y ait dommage matériel, par une simple lésion au droit d'obligation. La loi Aquilia ne prévoyait ce dernier ordre de dommages que dans son second chapitre, dans une hypothèse toute spéciale. Les autres chapitres supposaient toujours un dommage causé par une lésion corporelle. Les nombreux dommages qui peuvent atteindre notre patrimoine en dehors de la lésion matérielle d'un objet du droit de propriété devaient donc rester impunis.

Mais à côté de l'*act. l. Ag.* à l'époque classique, nous trouvons d'autres actions prétoriennes ou civiles, qui, réparatrices parfois sans le savoir, indemnisaient d'un dommage causé à notre patrimoine d'une manière autre que celle prévue par la loi Aquilia.

SECTION I. — *Les actions du vol.*

§ 30. — Quand le fait délictueux et dommageable présentait les caractères du *furtum*, les personnes lésées par le vol avaient toutes l'*actio furti* (1). Le propriétaire avait en outre la *rei vindicatio* et la *condictio furtiva*. Sans doute, il ne faut pas oublier que la *cond. furt.* remplace surtout aux mains du propriétaire la *rei vindicatio* et par là se différencie notablement de notre action en réparation. Mais la largeur de l'action en revendication lui permet de jouer ce rôle (2); à plus forte raison en est-il ainsi, de la *condictio furtiva*.

Elle a dépouillé tout caractère pénal et est tout à fait comme l'action civile qui appartient de nos jours au propriétaire contre le voleur (3). Ainsi la *cond. furt.* tend à faire obtenir une satisfaction complète, mais rien de plus... par suite elle est donnée contre les héritiers, et pour le tout, elle est donnée contre

1. Nous croyons qu'il n'est pas exact de dire que « l'*act. furti* à l'origine n'était pas exclusivement pénale ». A l'époque reculée où la *condict. furtiva* n'existait pas, on ne devait pas distinguer l'*actio rem, pœnam persequens*. Mais, et d'ailleurs cela est toujours resté vrai, l'*act. furti* qui poursuivait *pœnam* servait aux personnes lésées à réparer le préjudice subi, comme le fait aujourd'hui l'action née de l'article 1382.

2. 43 D. VI. I.

3. Nous ne relevons qu'une seule différence, c'est que le propriétaire voté n'a pas la *condictio furtiva* contre les simples complices, alors que l'article 1382 lui permettrait d'agir contre eux. fr. 6 D. XIII. I.

tous les coauteurs, mais le paiement fait par l'un libère les autres; au cas où elle se rencontre avec d'autres actions, elle est traitée comme le sont les actions contractuelles, qui permettent à un individu lésé d'obtenir une indemnité. Sur un seul point les Romains paraissent avoir hésité, c'est pour le cas où le *furtum* est commis par un individu en puissance : ici l'origine délictuelle de l'action réapparaît. Comme l'obligation du *pater familias* n'est nullement fondée sur une idée de responsabilité civile, sur une négligence de sa part, mais uniquement sur le délit de la personne en puissance, il a semblé injuste de le déclarer tenu pour le tout, à raison d'un délit qu'il n'a pas commis. Aussi les textes ne donnent-ils dans ce cas la *condictio furtiva* contre le *dominus* ou le *pater familias* que dans la mesure du profit qu'il retire, restriction apportée à l'exercice de l'action qui devrait être donnée *de peculio* (1). Quelques-uns parlent même d'abandon noxal (2); nous ne serions pas absolument éloignés de voir là une trace de l'origine délictuelle de l'action. Cependant des explications très plausibles, et écartant absolument l'idée d'abandon noxal sur la *cond. furt.*, ont été données : le jurisconsulte parle à la fois de l'*actio furti* et de la *cond. furt.*; il indique que le maître ne devra que le quantum du profit retiré, sur la *cond. furtiv.*; pour le surplus qui

1. 3 § 12. D. XV. I. — 30 pr. D. XIX. I.

2. 4 D. XIII. I.

lui sera réclamé par l'*act. furti*, il pourra s'exonérer par l'abandon noxal.

SECTION II. — *L'action de servo corrupto.*

§ 31. — Le prêteur avait également créé des actions qui permettaient à la victime d'un fait illicite d'obtenir une réparation du préjudice subi, en dehors de l'hypothèse où le dommage atteint le patrimoine par une lésion corporelle.

Nous avons déjà signalé l'*act. de S. C.* où le point de vue est diamétralement opposé à celui qui aurait dicté les dispositions de la loi Aquilia. On y obtient la réparation d'un dommage tout moral causé par des actes purement intellectuels.

SECTION III. — *L'action de dol et les actions in factum.*

§ 32. — Mais la théorie prétorienne importante aussi importante au moins que celle qui s'était édifiée sur la loi Aquilia, est la théorie du dol.

Ce qu'est le dol, à l'époque classique, se ramène à une question de fait (1). La notion du dol est alors entrée si avant dans les conceptions juridiques que préciser devient inutile.

Mais il n'en avait pas toujours été ainsi : Labéon, au début de l'Empire, cherchait encore à définir le dol (2) et il étendait largement l'idée première.

1. 1 § 2. D. XLIV. IV.

2. 1 § 2. D. IV. III.

Comme toujours, en effet, le point de départ de la théorie était très modeste : le préteur Aquilius Gallus, le contemporain de Cicéron, semble bien avoir le premier proposé une formule générale pour le dol, et la définition qu'il en donna (1) ne laissait pas prévoir le domaine si vaste que cette théorie devait recevoir de l'interprétation.

De très bonne heure cependant, nous venons de le voir, dès le début de l'Empire, le dol est un délit élastique, qui permet d'obtenir une *pœna*, réparation du préjudice causé, dans une multitude de cas.

Cette extension rapide s'explique parce que la théorie générale du dol avait été précédée sur bien des points par des théories particulières, construites à l'occasion de dols spéciaux (2) : toute la théorie civile pour la protection des mineurs, puis, peu d'années sans doute avant la formule générale *de dolo*, l'*act. quad metus causa* avait été offerte par le préteur; le dommage était-il causé par un acte juridique consenti sous l'influence de la crainte, la victime obtenait une action qui lui permettait d'arriver à une réparation toujours, et peut-être, si l'auteur du délit résiste et aggrave ainsi sa mauvaise action, à un enrichissement considérable.

1. 1 § 2. D. IV. III.

2. Si l'*in integrum restitutio ob dolum* précéda l'action *de dolo* ce développement rapide s'expliquerait encore mieux, mais la chose est douteuse.

Bien antérieurement, semble-t-il (1), un préteur avait donné au créancier que son débiteur frustrait en aliénant ses biens une action contre le tiers de mauvaise foi qui participait à ces agissements frauduleux (2). Des extensions auraient permis d'agir même contre des personnes qui n'avaient pas commis le délit prévu par le préteur, le donataire de bonne foi (3). Le créancier lésé obtenait une condamnation égale à la valeur de la chose et des accessoires.

Il y avait en somme dans le délit de *metus*, dans les agissements frustratoires d'un débiteur un dol : aussi au jour où la formule générale *de dolo* aura été proposée, les esprits devaient-ils être mûrs pour l'application large de cette mesure. On admit donc la possibilité d'exercer l'action de dol au sujet de tout préjudice causé au patrimoine par des actes juridiques d'abord, puis par des actes non juridiques. La seule limitation en somme fut le caractère subsidiaire de cette action : *si de his rebus alia actio non erit*, disait l'édit. Il en résultait que le domaine de l'action de dol était tout entier extra-contractuel.

Il ne pouvait être question du concours de l'*act. de dolo* avec l'action née d'un contrat ; solution pré-

1. Cic. ad. Att. I, 4, la mentionne comme chose bien connue, en tous cas elle aurait été précédée d'un *interdictum fraudatorium* dont la théorie devait être sensiblement la même.

2. Il semble que l'action n'a pas été donnée d'abord contre le *fraudator* lui-même : 1 pr. 25 § 7. D. XLII. VIII.

3. Le texte de l'édit ne faisait aucune distinction. 1. pr. D. XLII. VIII. Cependant 10 § 1. D. XLII. VIII.

férable assurément, à notre point de vue, à celles que l'on donnait pour l'*act. l. Aqu.*

A bien d'autres égards elle était supérieure à cette action ; accordée à toute personne lésée par le délit de dol, elle ne pouvait faire obtenir que la réparation exacte du dommage ; ainsi quand un dol était commis de concert par plusieurs individus, l'*act. de dolo* ne permettait d'obtenir qu'une seule réparation. La règle étrange sur la responsabilité de tous les coauteurs qui subsistait pour le délit de la loi Aquilia avait sombré ici.

L'action de dol présentait, à nos yeux, une infériorité ; elle était infamante, mais son caractère arbitraire compensait cette infériorité. L'*act. q. m. c.* et l'action paulienne étaient loin de présenter tous les mêmes caractères ; notamment elles n'étaient point infamantes.

Ce qui distinguait avant tout le délit de dol du délit de la loi Aquilia, c'était que celui-ci n'exigeait pas l'intention de nuire : le délit de dol suppose au contraire essentiellement cette intention. Ainsi dans le domaine où se mouvait principalement l'action de dol, dommages causés au patrimoine sans qu'il y eut un *corpus læsum*, il y avait une série d'hypothèses où la victime du fait illicite ne pouvait obtenir de réparation : le dommage avait-il été causé par une simple faute, ne pouvait-on prouver l'intention de causer le dommage, l'action de dol était refusée, ou n'aboutissait pas. Cependant le dom-

mage avait été causé par le fait d'un tiers, et ce fait lui était imputable...

Cette lacune fut comblée par des actions *in factum*, *in factum* comme l'était l'*actio de dolo*, mais n'entraînant pas l'infamie comme elle. Aussi dans nombre d'hypothèses les textes accordent-ils une action *in factum* au lieu de l'action *de dolo*; cette action n'est point infamante et peut-être par suite cesse d'être arbitraire, mais elle conserve les autres caractères de l'action dont elle est une imitation.

Les textes qui accordent cette action *in factum* supposent toujours un dommage causé sans qu'il y ait un *corpus læsum*. Cependant dans certains cas la nuance est très faible, si faible que les jurisconsultes romains ont parfois donné une action *damni injuriæ*, l'*actio utilis legis Aquiliæ* (1). Mais ils constatent alors l'existence d'une action *in factum*, qui n'est autre que l'action *in factum* subsidiaire de l'action de dol.

On a conclu de ces textes, et d'autres encore, que dans l'hypothèse même où le dommage était causé sans qu'il y eût *corpus læsum*, *damnum non corpori datum*, c'était une action *in factum legis Aquiliæ* qui avait été donnée par les jurisconsultes.

Nous pensons, au contraire, qu'il y a là une action *in factum* appartenant à un tout autre ordre d'idées, une action dérivée de la formule prétorienne

1. 28 § 21. D. IX. II.

de dolo. L'intérêt de la question est assez grand : si nous sommes en présence d'une action *damni injuriæ*, l'estimation se fera d'après le mode spécial de la loi Aquilia ; il y aura doublement au cas d'*infictio* ; elle se donnera pour le tout contre chacun des délinquants, sans que la satisfaction donnée par l'un ait pour résultat d'éteindre le droit de la victime du délit ; les solutions contraires devront être admises si l'on voit dans l'*act. in factum* une action subsidiaire de l'action de dol.

La base de cette opinion, erronée croyons-nous, c'est que l'*actio utilis l. Aq.* est rédigée *in factum* ; des textes nombreux le prouvent ; il n'est qu'une seule hypothèse où elle soit rédigée *in jus*, c'est le cas où l'*act. l. Aq.* est délivrée au pérégrin, *fictio se cive Romano*.

Mais il ne suit pas de là que toute action *in factum* délivrée dans des hypothèses où un dommage a été causé, soit l'action *damni injuriæ*. Ce qui semble bien, au contraire, démontrer que ce n'est que l'action subsidiaire de l'action *de dolo* qui est délivrée au cas où le dommage est *non corpori datum*, c'est d'abord le texte des Institutes de Justinien (1), dans un passage qui distingue bien nettement les trois actions, *actio l. Aq.*, *actio utilis l. Aq.*, *actio in factum*, qu'il ne dénomme pas, mais qui ne saurait être une *actio utilis l. Aq.*, puisqu'il refuse

1. I. J. IV. III, § 16.

celle-ci pour accorder celle-là ; qui, ailleurs (1) encore, au lieu de donner l'*actio utilis l. Aq.* que Gaius (2), dans le paragraphe correspondant, hésitait à donner, accorde simplement l'action *in factum*. C'est encore l'observation suivante, faite sur le fr. 14 pr. D. XIX, V, et qui nous paraît décisive. Le texte prévoit une hypothèse analogue à celle qui est décrite au fr. 27, § 21, D. h. t. — C'est un commerçant qui jette à la mer des marchandises. Le texte indique que trois hypothèses sont possibles : ou le marchand a jeté les marchandises pour sauver le navire, et alors il n'est nullement responsable du préjudice causé (3), ou bien il a agi sans cause, imprudemment peut-être, et il sera tenu d'une *actio in factum* ; ou bien enfin il a agi par dol, et c'est l'*act. de dolo* qui sera donnée contre lui.

Si Ulpien donne contre le marchand qui a jeté par dol à la mer les marchandises d'un autre, une action de dol, c'est qu'il estime qu'aucune autre action n'est possible (4), pas même l'*actio utilis legis Aquiliæ* ; lorsque l'intention dolosive faisant défaut il accorde une action *in factum*, ce ne peut être davantage une action *damni injuriæ*. — Cette conclusion s'impose.

1. I J. IV. I, § 11.

2. G. C. III, § 202.

3. La même solution est donnée dans le fr. 49, § 1. h. t. — Seulement ici on doit faire intervenir le principe d'équité posé dans la loi *Rhodia de jactu*.

4. Ceci résulte du caractère subsidiaire de l'*act. de dolo*.

SECTION IV. — *Les conditiones sine causa.*

§ 33. — Tel est, à peu près, l'ensemble des moyens par lesquels on pouvait à Rome obtenir la réparation d'un préjudice causé par un fait illicite : en somme peu de dommages devaient demeurer impunis ; la flexibilité de l'action *de dolo* et de son dérivé l'*act. in factum* devait permettre d'atteindre presque toutes les hypothèses imaginables.

Ce qui constituait la différence notable du droit romain et du droit actuel, c'était la multiplicité et la diversité des procédés mis en œuvre pour obtenir un résultat que le principe de l'art. 1382 à lui seul permet d'atteindre. Puis, dans la majorité des cas, cette déchéance qui frappait la victime d'un fait illicite quand l'auteur de ce fait était mort sans que la *litis contestatio* fût venue transformer l'obligation née à sa charge.

En somme, les Romains n'ont jamais pu se détacher de ce point de vue, que l'obligation née d'un fait illicite était une obligation pénale ; ils en ont tiré des conséquences qui nous choquent aujourd'hui, quoique alors elles dussent sembler toutes naturelles.

Et cependant tout à côté se développait une théorie qui eût pu aider l'obligation délictuelle à sortir de cette enveloppe trop étroite ; c'est la théorie des *condictiones*. Dans bien des cas les textes donnent

une *condictio* à une personne dont le patrimoine se trouve diminué contre un tiers dont le patrimoine a reçu un accroissement injustifié. Le principe de cette théorie est souvent formulé (1), mais il est probable que les formules dépassaient la portée des applications pratiques, et que souvent, bien qu'il y eut enrichissement sans cause d'une part, appauvrissement injuste de l'autre, le patrimoine lésé n'obtenait pas en échange de la valeur disparue une *condictio*... ainsi pour le cas où le possesseur de bonne foi a fait des impenses ; s'il a perdu la possession, il semble qu'il ne puisse obtenir une indemnité par une *condictio* ; un texte dit en effet qu'il ne peut être dédommagé de ses impenses qu'au moyen de son droit de rétention.

Il y avait certainement là le germe d'un progrès nouveau ; au point de vue rationnel, la différence est bien mince entre la lésion occasionnée par le fait qui donne lieu à la *condictio* et celui qui donne lieu aux actions délictuelles. De même que la coutume avait donné contre le voleur et ses héritiers une action par laquelle on réclamait une valeur égale à la totalité du préjudice subi, une *condictio* qui se rattachait à l'idée soit d'un transfert de propriété sans cause, soit d'un *creditum* fictif, peu importe pour nous, de même il semble que l'on aurait pu arriver à cette conception d'une action rempla-

1. Notam. Fr. 14 D. XII. VI.

çant dans le patrimoine de la victime d'un fait dommageable quelconque la valeur disparue.

On n'alla pas jusque-là ; les *condictiones* n'eurent pour base que l'idée d'enrichissement chez le défendeur, non celle de préjudice chez le demandeur ; il n'y eut d'exceptions que pour cette action tout anormale, la *condictio furtiva*. C'est que dans cette hypothèse particulière, il y avait une raison spéciale, qui permit sans doute de donner la *condictio*, qui explique cette hardiesse : il y avait la translation matérielle de la chose volée des mains du propriétaire aux mains du voleur ; élément *réel* auquel on put s'attacher pour donner une *condictio*, comme on s'y était attaché jadis pour le *mutuum*. Dans les autres hypothèses de dommage on ne trouvait plus ce signe visible du déplacement de valeur, on hésita ou on ne pensa pas à mettre aux mains de l'un une action représentative de la valeur détruite, et non plus détournée, par l'autre.

IV.

LES ACTIONS EN RÉPARATIONS DEPUIS LE DROIT ROMAIN.

§ 34. — Le droit romain était donc arrivé à mettre entre les mains de toute personne lésée une action qui pouvait lui servir à obtenir réparation du dommage ; l'idée ancienne de la *pœna* avait néanmoins persisté sur bien des points : une étude attentive du droit aux siècles qui se sont écoulés depuis l'établissement des royaumes barbares jusqu'à l'époque contemporaine nous ferait assister sans doute à la disparition graduelle de cette idée, maintenue peut-être quelque temps par les conceptions propres aux conquérants Barbares (1). Elle dut cependant s'effacer devant le développement du raisonnement juridique ; parmi les auteurs des trois derniers siècles, nous en trouvons beaucoup qui distinguent nettement l'action par laquelle on demande la réparation du dommage, et n'offrant rien de pénal, et celle qui au contraire contient les éléments de pénalité. D'autres, il est vrai, pénétrés de droit romain, se refusent à admettre cette conception nouvelle, et, jusqu'à la veille de l'ère contemporaine, persistent

1. Boehmerius Jus Eccles. Prot. V. tit. *de raptor*.

à méconnaître la valeur de l'idée qui tend à devenir dominante.

D'autre part, la multiplicité et la diversité des actions permettant d'atteindre le but signalé, la réparation du dommage, si nous nous plaçons à cette même époque du droit ancien, ont disparu pour faire place à une action générale... Comment et par quelle voie s'est faite cette transformation ? il serait assurément malaisé de le déterminer. On peut soupçonner que les pouvoirs du juge, très larges déjà dans le dernier état du droit romain, ont fini par donner un aspect uniforme à toutes les actions ayant un but analogue. C'est ainsi que Bouteiller, dans sa *Somme rurale*, énumérant les diverses actions, semble ne les considérer que comme un vêtement mis à une action unique(1).

Les mêmes difficultés se présentent si l'on veut arriver à un résultat précis en ce qui concerne l'évolution que nous signalions tout à l'heure de la *pæna* à la *res*, pour employer une expression courante. Cependant il est un point sur lequel il est possible de donner quelques détails et qui nous fera suffisamment apparaître cette transformation de l'action en réparation. Il s'agit de ce résultat, si choquant pour nous, de la conception romaine, l'intransmissibilité passive.

§ 35. — *Le droit canon*. — Nous allons rencontrer ici un facteur important : ce n'est pas seulement

1. Bouteiller. *Somme rurale*. Edit de Charondas le Caron. Tit. XXVII.

par le raisonnement que les auteurs et la jurisprudence sont parvenus à dégager la conception nouvelle de l'action en réparation, purement privée, purement civile, tendant, non plus du tout à une peine, mais seulement à des dommages-intérêts, dus en vertu d'une obligation d'ordre privé qu'il n'y a pas de raison pour ne pas faire peser sur les héritiers de l'obligé, comme toute autre obligation.

Ils ont été poussés dans cette voie par le droit canonique, qui, sur ce point particulier de la transmissibilité de l'action contre l'héritier d'un délinquant, s'était prononcé à plusieurs reprises dans un sens opposé à celui du droit romain.

Les décisions des papes qui ont servi de point de départ à toute la théorie que nous avons à indiquer ici semblent avoir été inspirées par une idée d'ordre très-élevé assurément, mais n'ayant rien de bien juridique. Il s'agit d'assurer le repos dans l'autre vie à l'âme du défunt (1); l'absolution donnée au moment de la mort ne suffira pas; si le délinquant survivait, l'ecclésiastique auquel il confessait sa faute ne devait la lui remettre qu'à la condition qu'il réparerait le mal commis: ses héritiers doivent remplir le devoir dont la mort l'a empêché de s'acquitter.

Tel fut, à n'en pas douter, le point de départ. Plus tard les jurisconsultes, pour appuyer les décisions

1. G. Salvioni. *La responsabilita dell'erede et della famiglia pel delitto del defunto*, p. 47.

des canons, feront le raisonnement que nous indiquions tout à l'heure ; mais il n'y a là qu'un exemple de plus de ces justifications nées après la théorie, qu'elles appuient d'ailleurs efficacement.

La doctrine canonique s'est formée naturellement autour de décisions isolées rendues dans des espèces particulières. Nous ne trouvons nulle part, dans les textes législatifs, de règle générale disposant que les actions nées contre le défunt seraient données contre ses héritiers. Au titre *de regulis juris* (1), au titre *de injuriis et damno dato*, nous rencontrons bien quelques règles présentant un caractère de généralité, mais la doctrine semble les avoir laissées de côté à ce point de vue ; non seulement elle ne s'est pas formée autour d'elles, mais elle ne les a pas invoquées quand elle s'est affirmée sur une des espèces auxquelles nous faisons allusion à l'instant.

Le point de départ de toute cette théorie est une lettre du pape Grégoire-le-Grand, datant de 603 et rapportée pour la première fois, semble-t-il, dans le décret de Gratien (2). C'est donc quelques années après l'époque où Justinien formulait encore la règle romaine dans toute sa rigueur, que l'Église admettait une solution contraire.

Est-ce dès cette époque que la théorie fut entièrement construite ? il est probable que non ; on ne

1. Décret. Grég. L. V. Tit. XLI cap. V.

2. Décret. Grat. can. 3, *Causa* XVI, qu. 6.

peut invoquer aucun document, mais il semblerait étrange de voir apparaître du jour au lendemain une doctrine opposée à toutes les idées reçues.

Le *Corpus juris Canonici* contient d'autres décisions sous lesquelles s'est abritée cette théorie. Des deux plus importantes, l'une est d'Alexandre III de la fin du XII^e siècle, (1) l'autre de Grégoire IX du commencement du XIII^e. (2)

Il est probable que dans ce laps de temps de cinq siècles, d'autres décisions étaient intervenues dans ce sens. En tous cas, il est certain que les premiers commentateurs des Décrétales et du Décret indiquent la théorie comme toute formée. Ils n'hésitent pas à reconnaître que le droit civil est contraire ; ils sont d'accord pour n'en tenir aucun compte, et pour généraliser les textes cités ci-dessus.

Une difficulté se présente pourtant ; ils ont admis l'obligation des héritiers ; mais les héritiers seront-ils tenus *ultra* ou *intra vires hæreditatis* ? Rien dans les textes n'indiquait une restriction à l'obligations des héritiers. Bien au contraire le texte d'Alexandre III paraît montrer que l'obligation des héritiers ne devait pas être limitée à l'émolument retiré de la succession, *juxta facultates suas (hæredis)*. Cependant, dès le principe il semble que les commentateurs restreignent l'obligation de l'héritier

1. Décret. Grég. IX. cap. 5. *de raptor*. §. 17.

2. Décret. Grég. IX. cap. 20. *de jurejur*. §. 24.

dans ces limites, pourvu qu'il ait fait inventaire. Il dut cependant y avoir quelques difficultés sur ce point car les auteurs consacrent toujours quelque place à la discussion de ce point.

§ 36. — *L'usage des Parlements*.— C'est cette doctrine canonique qui fut reçue en France, reçue à titre d'usage, comme modification équitable au droit romain, qui régnait presque sans partage dans la matière des obligations. C'est à *l'æquitas canonica* que l'on doit cet usage, reconnaissent les auteurs.

Il s'en faut cependant qu'il y ait là un usage absolument universel. La doctrine canonique rencontra toujours d'énergiques résistances. Le premier auteur qui, à notre connaissance, nous renseigne sur ce point, est Faber(1) dans son commentaire des Institutes de Justinien, écrit probablement au début du XIV^e siècle; il nous dit avoir vu rendre un arrêt dans le sens de cette doctrine par le Parlement de Paris, et il y a là un usage qu'il approuve.

Cependant quelques années auparavant ou à la même époque, Pierre de Belleperche n'en fait même pas mention dans son ouvrage sur les Institutes (2). Il est vrai qu'il était peu enclin à adopter les solutions du droit canon, nous dit quelque part un contemporain.

Depuis Faber, Louet, au XVII^e siècle, déclarait

1. Sur le titre *de perpetuis et temporalibus actionibus*, § *penales*, édition de 1531, p. 378, 2^e colonne.

2. P. de Belleperche. Inst. IV. § *pœnales, de actionibus*.

avoir vu poser la question à la seconde Chambre du Parlement et disait qu'il fallait se ranger à la doctrine du droit civil, quoique le droit canon fut opposé. Au contraire son annotateur, Brodeau, nous dit que l'usage généralement suivi est d'admettre la solution du droit canon, et il cite un certain nombre d'arrêts à l'appui (1).

Au commencement du XVIII^e siècle, Raviot, qui recueille les arrêts du Parlement de Dijon, en rapporte un de 1623 qui décidait que les héritiers seraient tenus du paiement des dettes nées *ex delicto* et il justifie cette décision par un raisonnement très serré, sans faire aucune allusion au droit canon (2).

La controverse n'était pas cependant éteinte au XVIII^e siècle. En 1670, Pussort, lors de la discussion de l'ordonnance criminelle, déclarait bien qu'il y avait là un usage généralement suivi; mais cependant on trouve des arrêts au XVIII^e siècle encore, s'en tenant à la pure doctrine romaine. Le Nouveau Denisart, imprimé en 1786, ne connaît que celle-là (3).

Les difficultés n'ont vraiment cessé que depuis le code de Brumaire an IV, déclarant dans son article 7 que l'action civile peut être dirigée contre les héritiers du délinquant.

Tel fut le sort de la théorie romaine sur ce point particulier. En somme il ne reste rien de ce qui

1. Brodeau-sur Louet, au mot *action*.

2. Quest. 210.

3. Au mot *délit*. § 2. V^o pourtant *dommages-intérêts*. § 3.

était procédé, mode d'organisation ; le fond a survécu. La plupart des règles sur l'appréciation du dommage, la responsabilité de celui qui l'a causé, subsistent ; ce qui a disparu c'est la forme qu'avait revêtue l'action mise à la disposition de celui qui avait subi le dommage ; multiple, tendant le plus souvent au recouvrement d'une amende, permettant souvent d'obtenir un enrichissement considérable, intransmissible parce que les peines sont personnelles, elle est devenue unique, purement réparatrice, transmissible.

L'action romaine avait si fortement subi l'empreinte de la *pœna* que le jour où la *pœna* s'est retirée d'elle, elle s'est brisée ; et l'obligation qu'elle sanctionnait, et sur laquelle elle avait réagi, s'est sans doute trouvée modifiée, mais dans la mesure seulement, où s'était produite cette réaction de la sanction sur le droit sanctionné.

DROIT FRANÇAIS

DU RAPPORT EN MOINS-PRENANT

INTRODUCTION.

Les rapports sont des opérations préliminaires au partage, ayant pour but de maintenir ou de rétablir entre les cohéritiers une égalité que certains actes du *de cujus* pourraient avoir pour effet de rompre ; chose assurément permise, mais pour laquelle la loi exige une expression formelle de volonté.

Ces actes sont, tout d'abord et naturellement, des libéralités ; il est clair que le *de cujus* qui a fait passer de son patrimoine dans celui d'un de ses successibles une valeur quelconque à titre gratuit, laisse en mourant à ce successible une part de ses biens plus forte que ne le sera celle des autres héritiers. Ce sont aussi des actes qui ont eu pour résultat de rendre le *de cujus* créancier de l'un des successibles, prêt ou acquisition d'une créance ; mais ici l'égalité, au lieu d'être rompue directement, comme dans l'hypothèse précédente, ne l'est qu'indirectement, par suite des opérations du partage, et tout éventuellement, au cas d'insolvabilité du cohéritier débiteur. Le patrimoine du successible n'est pas véritablement augmenté aux dépens du patrimoine du *de cujus*. Les cohéritiers de l'emprunteur ne recevront une part inférieure à celle que recevra

celui-ci, que dans l'hypothèse où l'emprunteur étant insolvable ne paierait à ses cohéritiers qu'une quote-part de leur créance contre lui, tandis que, en vertu de l'extinction produite par la confusion, il se trouverait payé intégralement.

Pour parer à l'inégalité qui résulterait des actes de la première catégorie, on a institué le rapport des dons, et le rapport (1) des legs. Pour parer à l'inégalité qui peut résulter des actes de la seconde catégorie, on a institué le rapport des dettes.

D'une manière très-générale, l'institution du rapport consiste en l'obligation pour le cohéritier avantagé ou débiteur du *de cujus* de remettre à la masse l'objet dû ou l'objet donné. L'égalité rompue est ainsi rétablie, chacun des cohéritiers ayant à exercer ses droits héréditaires sur l'objet redevenu commun.

Mais l'institution offrira parfois un autre aspect. A raison de l'impossibilité de représenter l'objet dû, ou donné, qui est un de ces objets dont on ne fait usage qu'en les consommant, l'obligation qui va peser sur le donataire ou le débiteur sera de remettre non pas l'objet donné ou l'objet dû à la masse, mais un objet équivalent, et cette obligation s'exécutera naturellement par une sorte de compensation (2) :

1. Le terme de rapport appliqué à l'institution destinée à sauvegarder l'égalité que des libéralités par acte de dernière volonté pourraient rompre est certainement impropre (V. ci-dessous), mais s'emploie *brevitatis causa*.

2. Nous disons une *sorte* de compensation, car les conditions exigées par la loi ne se rencontrent certainement pas. Et pourtant l'analogie existe.

l'héritier donataire ou débiteur se trouvant obligé de remettre à la masse une valeur déterminée, et d'autre part en droit de prendre dans cette masse une valeur autre, prendra une part moins forte ; sa dette se trouvera soldée et il sera rempli de ses droits : le rapport s'opère en moins-prenant.

Enfin l'institution du rapport peut s'offrir sous un troisième aspect qui participera à la fois des deux premiers : l'obligation qui pèse sur l'héritier est bien l'obligation de remettre à la masse l'objet reçu, mais cette obligation s'exécutera comme s'exécute l'obligation du rapport lorsque l'institution revêt le second aspect indiqué : au lieu de rapporter l'objet même, le cohéritier prendra une part moins forte ; c'est encore un rapport moins prenant.

Ainsi l'institution se présente sous deux aspects principaux : suivant que les parties ont envisagé l'objet reçu par le successible comme un de ces objets fortement individualisés qui ne peuvent pas être pris l'un pour l'autre, ou au contraire comme une de ces choses qui sont fongibles entre elles, et dont par suite l'une peut être substituée à l'autre, le rapport devra être effectif, ou pourra s'exécuter par équivalent, par l'abandon des droits héréditaires du donataire ou du débiteur sur une fraction de l'actif. Et ce mode de règlement a été également adopté dans quelques hypothèses où les objets reçus par le successible étaient facilement reconnaissables, où par conséquent le rapport effectif semblait indiqué.

La raison d'être de cette distinction dans le mode de rapport se conçoit aisément : dans le second cas on envisage les objets donnés ou dus comme n'étant plus reconnaissables ; dans le premier cas il s'agit d'objets fortement individualisés dont la remise à la masse peut s'exécuter et doit s'exécuter, puisque c'est le moyen en somme le plus simple de réaliser l'égalité poursuivie par la loi avec l'institution du rapport. Si maintenant cette remise matérielle blesse quelque intérêt et qu'il soit possible d'atteindre à l'égalité sans l'effectuer, le législateur estime qu'il faut se contenter du rapport en moins prenant : l'héritier donataire ou débiteur gardera l'objet et prendra une part moins forte.

Toutes les règles que nous allons trouver, et qui ne seront que le développement des idées générales sur les modes de rapport que nous venons d'indiquer, sont, il ne faut pas l'oublier, des règles interprétatives de la volonté. La loi considère en principe comme quantités, comme choses fongibles tous les meubles ; au contraire, elle estime que, en règle générale, les immeubles sont de ces objets fortement individualisés que l'on doit rapporter effectivement à la masse. Mais l'institution du rapport dans notre droit actuel est tout entière fondée sur cette idée que le *de cujus* n'a pas voulu rompre l'égalité établie par la nature entre ses héritiers ; les règles de la loi sur le mode dont le rapport doit s'effectuer n'ont qu'un seul but : faire fonctionner

l'institution de la manière la plus satisfaisante pour obtenir le résultat voulu. Il s'agit de maintenir l'égalité entre des cohéritiers ; la loi décide que l'on arrivera à ce résultat de telle et telle manière. Si nous supposons une manifestation de volonté contraire, il n'y a plus lieu de s'occuper de la règle générale. Il n'est même pas nécessaire, croyons-nous, que cette manifestation de volonté soit expresse ; l'art. 843, quand il formule cette exigence, ne parle que de la dispense de rapport, et si le législateur a voulu révoquer en doute jusqu'à preuve éclatante du contraire l'intention du testateur de rompre l'égalité entre ses héritiers, il n'y avait pas les mêmes raisons pour exiger une telle manifestation quand il s'agit simplement de régler autrement que la loi ne l'a fait, le mode dont le rapport doit s'effectuer ; autrement et sans doute mieux, puisque le disposant a pu statuer sur le cas particulier tandis que le législateur ne statue que d'une manière générale. Aussi suffira-t-il que l'intention du disposant soit claire (1).

Le rapport en moins prenant est donc un mode d'exécution de l'obligation du rapport qui peut s'appliquer, que cette obligation soit une obligation de corps certain ou qu'elle soit une obligation de quantité. Toujours la même en principe, la nature de l'objet à rapporter influera cependant à de certains points de vue sur le mode d'exécution.

1. Demante et Colmet de Santerre, III, 201 *bis*, VII.

Nous avons par suite à rechercher d'abord dans quels cas exactement ce mode d'exécution est applicable à l'obligation du rapport ; en second lieu à voir comment il fonctionne précisément.

PREMIÈRE PARTIE

Cas d'application du rapport en moins prenant.

CHAPITRE I.

LE RAPPORT DES DONATIONS MOBILIÈRES.

Quand il s'agit de donations mobilières la règle générale est que le rapport se fait en moins prenant.

En effet, ce sont seulement les donations mobilières qui pouvaient permettre de concevoir à la charge du donataire que l'on astreignait au rapport, une dette de quantité. La règle, créée pour les donations portant sur certaines espèces d'objets mobiliers, a été étendue à toutes les donations d'objets mobiliers.

§ 1. — *Donations de choses fongibles.*

Le type de la donation de choses fongibles, c'est la donation de sommes d'argent. Le rapport effectif en nature devient impossible ; il s'agit d'objets con-

somptibles qui n'ont d'utilité que par leur transformation économique en des objets de nature autre et variée.

Il en est de même pour toutes autres donations d'objets consommibles ; du moment que l'objet de la donation avait été l'un ou plusieurs de ces objets qui se comptent, se pèsent ou se mesurent, il ne pouvait être question d'en demander le rapport effectif. Le rapport se fera donc en moins prenant. D'ailleurs, la fongibilité de ces objets repose, c'est chose bien connue, tout entière dans le point de vue auquel se sont placées les parties ; il n'y a là qu'une interprétation de volonté.

§ 2. — *Donations de meubles corporels non fongibles.*

Une interprétation de volonté analogue a eu lieu pour les donations de meubles, alors même qu'il ne s'agissait plus d'objets consommibles. La loi a considéré que le donateur d'un meuble n'avait pu songer à demander au donataire de remettre à la masse à partager le meuble même qui lui avait été donné. Le meuble est un corps certain, sans doute, il pourrait être restitué en nature : mais un meuble en remplace un autre, sinon d'une manière absolue, du moins sensiblement ; les successibles ne pourront dire l'égalité blessée, si au lieu du meuble A donné à leur cohéritier, ils prélèvent dans la suc-

cession les meubles B et C. En sorte que l'on peut dire dans une certaine mesure que la loi a envisagé tous les meubles comme fongibles entre eux à l'égard de l'obligation du rapport.

Ce point de vue a bien certainement agi fortement sur l'esprit du législateur ; mais d'autres motifs ont été également mis en avant qui ont leur importance.

Si l'on avait astreint le donataire d'un meuble à remettre effectivement le meuble donné lui-même dans la succession, de deux choses l'une : ou bien il fallait procéder à une estimation de la dépréciation due à la jouissance abusive du donataire et alors quelles difficultés insurmontables n'allait-on pas rencontrer ; ou bien, si l'on redoutait ces difficultés, il fallait prendre le meuble dans l'état où il se représentait, mais alors l'utilité de l'institution était compromise : après quelques années d'un usage même normal, un meuble est fort déprécié ; de plus, le donataire se sachant contraint de rendre après un temps indéterminé, mais sachant aussi qu'il serait libéré en rendant le meuble tel quel, eût probablement usé du meuble donné, avec fort peu de ménagements.

Le législateur a évité ces difficultés, en décidant que le rapport du mobilier s'effectuerait comme celui des objets consommables, en moins prenant.

§ 3. — *Donations de meubles incorporels.*

I. — Que doit-on comprendre sous cette expression de mobilier? A n'en pas douter, cette expression comprend les meubles corporels. Il n'y a pas à distinguer ainsi que le voulait Lebrun (1) et ainsi que l'avait proposé, lors de la discussion du Code civil, Regnauld de Saint-Jean-d'Angély (2), entre les meubles corporels qui dépérissent et ceux qui ne dépérissent pas par l'usage ; la raison en somme fondamentale de la substitution du rapport en nature au rapport en moins prenant subsiste toujours : l'égalité n'est pas vraiment intéressée à ce que le meuble soit remis en nature dans la masse à partager : du moment que les cohéritiers retrouvent une valeur égale, peu doit leur importer. Dès lors, plus de motifs pour toucher au principe de l'irrévocabilité des donations, pour résoudre les droits du propriétaire.

II. — Mais doit-on étendre cette règle aux meubles incorporels? On a parfois admis que ces meubles devaient être rapportés en nature, qu'il serait à la fois nécessaire et suffisant de remettre à la masse les créances, rentes, effets publics, offices qui avaient fait l'objet de la donation (3).

1. L. III. Ch. VI. Sect. III n° 34. — V. Bourjon. Droit Comm. Tit. XVII, 1^{re} Part. Ch. VI, Sect. V. — Pothier, Succ. IV art. 2 § 7,

2. Loaré. Lég. Civ. T. X. p. 137.

3. Delvincourt, II. p. 133.

On s'est fondé pour cela sur ce que les motifs mis en avant lors de la discussion de l'art. 868, pour expliquer la disposition de cet article, — motifs qui peuvent se ramener à cette idée : les meubles se détériorent par l'usage, et se déprécient par le temps, — ne s'appliquent pas aux meubles incorporels ; ce qui prouverait d'ailleurs que les termes de l'art. 868 ne sont pas aussi généraux qu'ils le paraissent au premier abord, c'est qu'une disposition spéciale est consacrée à l'argent, qui pourtant semblait être compris dans ce terme de mobilier.

D'ailleurs, comment rendre responsable le donataire des dépréciations purement accidentelles que subiront les valeurs données ? Enfin, c'est bien ainsi que l'art. 1567 procède : le mari qui doit la restitution de la dot, se contente de restituer les meubles incorporels tels qu'ils se trouvent au jour où la restitution doit être opérée ; il les restitue en nature ; de même le rapport des objets mobiliers incorporels doit être opéré en nature.

Cette prétention s'est plusieurs fois produite devant les tribunaux, et depuis longtemps la jurisprudence s'est prononcée en sens opposé.

Dès 1828, un arrêt (1) de la Cour de Nîmes décidait que le rapport du meuble incorporel devait s'effectuer en moins prenant : attendu, disent les motifs, que les deux capitaux (il s'agissait de rentes

1. Nîmes, 24 janvier 1828. D. 1830, II. 174.

sur les états de Languedoc et sur le clergé) sont déclarés meubles par l'art. 529, et qu'ainsi il y a lieu de leur appliquer les règles établies pour cette nature de biens en matière de rapports. — L'arrêt (1) fut, il est vrai, cessé, mais non pàs du tout sur le point qui nous occupe. Ce fut uniquement par suite d'une confusion que la Cour avait faite entre le rapport dû par le cohéritier à son cohéritier et la réduction que doit subir l'héritier avantagé par préciput.

En 1809, la Cour de Bordeaux et la Cour de Cassation (2) implicitement en 1870, en rejetant le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour de Bordeaux, donnaient la même solution.

Enfin récemment (3) la Cour de Cassation vient de faire l'application de ce même principe dans une affaire assez intéressante. — Donation entre vifs est faite à un enfant d'une valeur industrielle. — Cette valeur est estimée ; à la mort du donateur, elle a pris une plus value considérable ; si le rapport est dû en nature, l'égalité sera maintenue entre les cohéritiers ; si au contraire le rapport se fait en moins prenant, forcément sur le pied de l'estimation au jour de la donation, l'égalité sera certainement blessée. La difficulté ne se produisit pas entre les cohéritiers ; d'accord au contraire, ils convinrent que le successible

1. Voir les arrêts de la Cour de Cassation, 14 déc. 1830, S. 31. I. p. 407 et de la Cour d'Aix, 30 avril 1833. S. 33. II. 542.

2. S. 1871. I, 21.

3. Cass. 9 fév. 1880. S. 80, I, 326.

non avantagé du vivant du père, prélèverait la valeur semblable à la valeur donnée à l'autre successeur, le partage devant se faire ensuite par portions égales ; c'était en somme un rapport en nature avec attribution de la valeur rapportée à celui même qui faisait le rapport — chose tout à fait admissible, puisque les cohéritiers étaient majeurs. Ce fut l'Enregistrement qui vit dans cette attribution plusieurs transferts de propriété, sur lesquels il demanda à percevoir des droits. Le rapport devant se faire en moins prenant, pour opérer le rapport comme le veulent faire les parties, il faut absolument que le cohéritier avantagé fasse donation à l'autre cohéritier de ses droits sur la valeur similaire qui se retrouve dans la succession. On aurait peut-être pu échapper à cette conséquence, en disant que ce rapport s'effectuait en nature parce que le disposant l'avait ainsi entendu ; mais l'acte de donation allait contre cette interprétation de volonté : il y avait clause de préciput pour le cas de plus value des valeurs données. La Cour de Cassation dut faire l'application des principes.

Ainsi la jurisprudence semble avoir bien fermement admis la règle que le rapport de meubles incorporels, s'effectue en moins prenant, comme celui des meubles corporels.

Et en effet, les arguments invoqués par les auteurs qui soutiennent l'opinion contraire sont vraiment très faibles. L'art. 1567 où l'on prétend trou-

ver un argument d'analogie, n'a rien à faire ici. Si le mari se borne à restituer les meubles incorporels dotaux, dans l'état où ils se trouvent au jour de la restitution de la dot, c'est qu'il en est simple usufruitier ; en est-il au contraire devenu propriétaire ? la règle quant à la restitution est tout autre ; il devra, aux termes de l'art. 1551, restituer l'estimation, quelle que soit la valeur actuelle des objets (1). Si l'on devait tirer argument de quelque une de ces dispositions, il semble que l'on devrait plutôt s'appuyer sur l'art. 1551, qui suppose le mari devenu propriétaire : le successible donataire devient en effet toujours propriétaire des objets donnés, cela n'est contesté par personne ; et la conséquence, c'est que dans l'hypothèse de la restitution de l'objet donné en avancement d'hoirie, comme dans celle de la restitution de l'objet donné en dot, au cas où le mari est devenu propriétaire, la restitution doit être faite d'après la valeur au jour de la donation ; le rapport doit, par suite, être fait en moins prenant.

L'argument principal mis en avant par les auteurs qui soutiennent que le rapport est dû en nature, ne semble pas pouvoir résister aux observations suivantes, en germe d'ailleurs dans les Attendu de

1. Quant à distinguer, comme on l'a proposé, entre les meubles estimés ou non, on ne le peut faire : dans la matière de la dot, cela est nécessaire pour déterminer les cas exceptionnels où le mari devient propriétaire de la dot : ici le donataire est toujours propriétaire des objets donnés. Duranton. VII. 409 à 413. — Aubry et Rau. VI. § 634, note 7.

l'arrêt de Nîmes, que nous avons cité plus haut : l'art. 868 emploie l'expression générale de mobilier, qui, aux termes de l'art. 528, comprend généralement tout ce qui est censé meubles, d'après les règles établies au chapitre II du Titre I, livre II du Code Civil. Il l'emploie après que les articles 859 et suivants se sont occupés du rapport des immeubles : tout ceci semble bien indiquer que les rédacteurs du Code se sont référés à la distinction générale des biens, et que par conséquent, le terme « mobilier » de l'art. 868 doit s'entendre aussi bien des meubles incorporels.

D'ailleurs, si les Travaux Préparatoires ne semblent donner de motifs, pour justifier l'application du mode de rapport en moins prenant aux meubles, que pour les meubles corporels, ce n'est pas à dire qu'il n'en existe pas pour ce qui concerne cette application au mobilier incorporel.

Nous ne dirons pas qu'il importait de donner au propriétaire des meubles incorporels le droit de les aliéner à raison de leur facile dépréciation, et que cela entraînait la substitution du rapport en moins prenant, au rapport en nature (1) : en effet, on peut faire observer que quand il s'agit des immeubles, le Code a admis à la fois l'obligation générale du rapport en nature et la possibilité de les aliéner ; il a suffi d'admettre le rapport en moins prenant, au cas où l'immeuble avait été aliéné, laissant subsis-

1. Demolombe. XVI, n° 539.

ter la règle générale du rapport en nature. Mais il fallait intéresser le titulaire d'une obligation, d'une action à ne pas laisser ce meuble se déprécier entre ses mains ; simplement astreint comme le mari dotal, à la remise matérielle du titre donné, il laisserait peut-être fuir le moment voulu pour aliéner.... il ne mettrait peut-être pas dans sa gestion tout le soin désirable. Puis, et ce motif a certainement été d'un grand poids dans l'esprit des rédacteurs du Code, ici encore il n'y aurait aucune raison pour les autres cohéritiers de demander le rapport en nature : un meuble corporel n'a pas d'individualité bien accusée, peu importe pour eux qu'ils le retrouvent en nature dans la masse à partager ou qu'on leur attribue l'équivalent de leurs droits sur les meubles donnés.

Le mobilier incorporel est donc compris dans les termes de l'art. 865. On ne saurait vraiment imputer au législateur l'énorme lacune que l'autre solution conduit à trouver dans la loi.

Une remarque historique peut encore être faite à l'appui de l'opinion que nous adoptons : parmi les meubles incorporels que l'on voudrait voir soumis à un rapport en nature, se trouvent les charges d'officiers ministériels, et offices analogues : déjà, l'ancien droit admettait que le rapport des offices s'effectue en moins prenant. Or, l'ancien droit envisageait les offices comme des immeubles, et faisait pour eux en notre matière une exception.

Il serait étrange que, devenus aujourd'hui des meubles, appelés, semble-t-il, à se ranger sous la règle générale du rapport en moins prenant, on fit pour eux une exception en sens inverse. Un arrêt de la Cour de Cassation (1) a fait application de cette idée au rapport d'un office, ou du moins, d'une fonction qui constituerait bien quelque chose d'analogue, un brevet de maître de postes. Elle a décidé que le rapport en devait avoir lieu en moins prenant, comme rapport d'un objet mobilier.

III. — La règle générale est que le rapport des meubles incorporels doit s'effectuer en moins prenant; nous verrons qu'il est bien des hypothèses où cette règle devra admettre des exceptions. Il n'y a là qu'une interprétation de volonté, et étant données certaines circonstances, l'interprétation contraire devra être admise.

Lorsque la donation d'un meuble incorporel consiste en la création d'un droit de créance sur soi-même, il semble bien conforme à la volonté du donateur de déclarer que le droit devra être rapporté en nature, c'est-à-dire s'éteindre à l'ouverture de la succession. De même les droits contre les tiers, lorsque ces tiers sont de simples particuliers : ces droits alors ne sont pas des objets de spéculation, ils ne peuvent pas être vendus aisément. Rien de plus conforme à l'intention probable du disposant, que d'exiger la remise des pièces et de s'en contenter.

1. I. S. 32. 1. 374.

Il n'y aura pas toujours à cet égard de disposition expresse ; mais l'art. 843, ainsi que nous l'avons déjà indiqué d'une façon générale, ne formule cette exigence que pour la dispense absolue de rapport : et dès lors, nous devons revenir à la règle de droit commun qui veut que les actes soient exécutés de la façon la plus conforme à l'intention des parties (1).

§ 4. — *Des avantages indirects.*

I. — Quand on parle du rapport des avantages indirects, on suppose résolues deux questions : d'abord, y a-t-il avantage indirect ? Pour examiner ce point souvent douteux, on a dû se placer à l'époque où le prétendu avantage a été fait au successible, rechercher si à ce moment là on trouve à la fois une augmentation gratuite du patrimoine du successible, une diminution sans équivalent de celui du *de cujus*, double effet d'un acte émané de ce dernier ; on a dû considérer quel esprit a dicté cet acte ; fait dans un esprit de libéralité, il y a bien avantage ; fait par le *de cujus* dans son intérêt personnel, l'avantage disparaît.

La seconde question que l'on doit supposer tranchée est celle de savoir si l'avantage indirect doit être soumis au rapport : sans doute l'article 843 dis-

1. Dem. et Colmet de Santerre. III. 201 bis. VII. — Demol. XVI. nos 352 et 353.

pose que tout ce qui a été reçu directement ou indirectement doit être rapporté, mais le contexte même de la phrase indique bien que l'avantage indirect est régi par les mêmes règles régissant les donations faites directement ; devra donc être rapportée la valeur reçue par voie indirecte qui devrait être rapportée si elle avait fait l'objet d'une donation directe. Le principe ne souffre pas de difficulté, mais en pratique, on se demande souvent si le rapport est dû ; la question s'est posée notamment pour les renonciations à usufruit dont bénéficie un successible. Ajoutons qu'elle s'était posée pour les donations directes d'usufruit : la Cour de Cassation (1), dernièrement encore, vient de décider que le rapport était dû d'une valeur représentant la jouissance à laquelle le *de cujus* avait renoncé au profit du successible, sans tenir compte du raisonnement que le pourvoi appuyait sur la dispense de rapport écrite pour les fruits des choses données dans l'art. 856, sans tenir compte des autorités invoquées. La discussion de cette question ne rentre pas dans notre sujet, et quelque doute que puisse susciter cette solution nous n'avons ici qu'à l'enregistrer.

Nous supposons donc, d'abord qu'il y a bien avantage indirect, puis que cet avantage est sujet à rapport.

II. — Comment ce rapport devra-t-il être effectué ?

1. 27 octobre 1886. *Gaz. Pal.* 87. I. 276.

Il semble bien qu'il ne puisse être, en règle générale, question que de rapport en moins prenant.

Il est en effet difficile de voir dans l'obligation qui grève le successible avantagé, aux termes de l'art. 843, autre chose qu'une obligation de somme d'argent. Il a reçu une valeur dont la nature est indéfinie, il en doit le rapport; on ne conçoit pas trop comment ce rapport pourrait être réalisé, sinon par l'apport d'une somme d'argent, un prélèvement opéré au profit des cohéritiers, une imputation sur la part du successible.

Cependant, dans certaines hypothèses, on conçoit un autre moyen de donner satisfaction à l'égalité désirée; s'il a été vendu un immeuble à vil prix les cohéritiers peuvent avoir la pensée de demander la remise effective de l'immeuble moyennant la restitution du prix touché. C'est ainsi que l'art. 868 dispose que l'immeuble donné par préciput, devenu par suite propriété incommutable comme s'il avait été vendu, sera remis en entier à la masse à partager, si la portion dont le donateur pouvait disposer est trop minime par rapport à la valeur totale de l'immeuble; et les cohéritiers doivent au successible avantagé la valeur seulement de la portion disponible.

Voici encore une hypothèse où l'on conçoit une sorte de rapport en nature : un bail est consenti à un successible, un usufruit est constitué pour un prix qui ne répond pas à la valeur des biens donnés

à bail, grevés d'usufruit. Laissant en dehors la question de savoir ce qui doit être fait à l'égard des années écoulées au moment de l'ouverture de la succession, on conçoit que, pour l'avenir, au lieu d'une évaluation de l'avantage indirect fait au successible, on résilie purement et simplement le bail, on déclare éteint l'usufruit.

C'est ce que le tribunal de Bar-sur-Seine et après lui la Cour de Paris jugea quant au bail, dès 1812 : une solution analogue était adoptée dans l'hypothèse d'une vente à vil prix par la Cour de Poitiers, en 1825 ; il semble bien que ces décisions conformes à l'équité et à l'intention du législateur ne violent aucun texte.

Il nous faudra revenir sur le rapport des avantages indirects quand il s'agira d'apprécier de quelle valeur doit être fait le rapport.

1. D. 23. II. 174. — Aubry et Rau. VI. § 634, iexte et note 10.
— Demol. XVI. 397.

CHAPITRE II.

LE RAPPORT DES DONATIONS IMMOBILIÈRES.

Nous avons indiqué qu'il y avait certaines hypothèses où le rapport de la donation de corps certains, au lieu de s'effectuer en nature, s'effectuait en moins prenant. Nous avons déjà vu le rapport des objets mobiliers individualisés s'effectuer en moins prenant, comme le rapport des quantités, quoique ce soient des corps certains. Il en sera de même d'autres donations de corps certains, des donations immobilières, quand au moment où le rapport doit s'effectuer, se présentent certaines conditions. Mais tandis que les meubles semblent tout à fait envisagés comme des choses fongibles, les immeubles restent des corps certains, alors même que le rapport s'exécute en moins prenant. Il importait de noter cette différence.

§ 1. — *Hypothèse où il existe d'autres immeubles dans la succession.*

On ne peut nier que le rapport en nature n'ait des résultats fâcheux. Le donataire a pu s'attacher

à l'immeuble qui lui a été donné, et il va peut-être le voir passer en d'autres mains. Ou bien, en dehors des considérations de sentiment, il a pu se constituer sur cet immeuble des droits réels, hypothèques, servitudes. Ces droits vont tomber par la réalisation du rapport ; de là peut-être des pertes pour les tiers, tout au moins des recours et des frais ; or en somme, que veut la loi ? Que chacun des cohéritiers ait dans son lot un immeuble de valeur égale ou à peu près, ou qu'ils aient chance tout au moins d'avoir chacun le leur. Quand il n'y a pas dans la succession assez d'immeubles pour que chacun ait un lot immobilier, force est bien pour accomplir autant que faire se peut le vœu de la loi, d'exiger le rapport en nature.

Mais si, au contraire, la succession comprend des immeubles en nombre suffisant pour composer à chacun des héritiers un lot immobilier, on pourra ne demander au cohéritier qu'un rapport en moins prenant. C'est bien ce qui résulte de l'art. 859 : quand il y a dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers, le rapport peut ne pas être exigé en nature.

Il est clair que dans ces circonstances il n'y a là qu'une faculté pour le donataire, dont il peut ne pas user.

Avec cette remarque, toutefois, qu'il n'y a pas là bien certainement un droit exclusivement attaché à la personne, et que les créanciers peuvent l'exercer

pour leur débiteur ; au lieu de laisser effectuer le rapport en nature dont le résultat sera peut-être de substituer un immeuble moins avantageux, moins facile à vendre à celui qu'ils connaissent et sur lequel ils comptent, ils peuvent demander et obtenir que leur débiteur exécute son rapport en moins prenant, laisse chacun de ses cohéritiers prélever un immeuble d'égale valeur et bonté, et garde celui qui lui a été donné.

La Cour de Caen a jugé (1), et il semble que ce soit avec justesse, que les termes « immeuble de même nature » doivent s'entendre, non pas d'un immeuble soumis au même mode d'exploitation, mais de la même nature générale, immeubles territoriaux. Et pourtant on peut se demander si la volonté de la loi et l'égalité seraient suffisamment respectées, au cas où des immeubles d'espèces tout-à-fait différentes seraient attribués aux autres cohéritiers ; peut-être convient-il de n'admettre la décision de la Cour de Caen qu'avec de certains tempéraments.

Le rapport en nature peut être exigé par les cohéritiers, en thèse générale ; mais peut-il leur être imposé ? Au cas où l'on adopte la négative, nous nous trouvons en face de toute une autre série de rapports en moins prenant. C'est la solution qu'adoptait le tribunal civil de la Seine, le 28 juin 1856 (2) : « Attendu, dit ce jugement, que si aux ter-

1. Caen, 16 mars 1839. S. 39. II. 326.

2. Gaz. Trib., 12 juillet 1856.

« mes de l'art. 859 C. C. les cohéritiers d'un donataire
« d'immeubles peuvent en exiger le rapport en nature,
« aucun texte n'établit au profit du donataire un droit
« corrélatif, c'est-à-dire le droit d'imposer le rapport
« en nature, s'il n'est démontré que cette mesure est
« nécessaire pour établir l'égalité qui doit régner dans
« le partage. » — Il est à remarquer que cette restriction empêche que la solution admise par le tribunal puisse nuire au donataire ; mais même dans ces conditions je doute qu'elle doive être adoptée ; sans doute il n'y a pas écrite dans la loi une obligation corrélatrice formelle, mais elle semble assez conforme à la nature des choses. Le rapport des immeubles se fait en nature. Il semble bien que ce doit être la règle générale, sauf les exceptions que la loi formule expressément.

§ 2. — *Hypothèse où le mode de rapport en moins prenant est indiqué dans l'acte de donation.*

En second lieu il sera encore permis de tenir compte des intérêts ou affections du donataire et de lui laisser l'immeuble donné, quand l'immeuble a été donné avec une clause autorisant le rapport en moins prenant. Ainsi que nous l'avons déjà dit, tout ici est interprétation de volonté ; il n'y avait pas à contraindre le donateur à respecter la disposition de la loi. Et de même la réglementation du mode de

rapport est abandonnée à la volonté des parties.

Tantôt le rapport en moins prenant ne sera qu'une faculté pour le donataire, tout comme dans l'hypothèse précédente ; tantôt au contraire, le donataire aura entendu substituer d'une manière ferme le rapport en moins prenant au rapport en nature, et alors les cohéritiers pourront contraindre le donataire à exécuter son obligation d'une manière conforme à la volonté de l'auteur commun. Bien des combinaisons sont possibles, que peut seule révéler la pratique.

Il semble d'ailleurs qu'il ne soit pas fait un grand usage de la latitude laissée par la loi, et peut-être un usage différent offrirait-il des avantages.

§ 3. — *Hypothèse où le donataire a aliéné l'immeuble donné.*

La résolution des droits constitués par le donataire sur le bien qu'il rapporte, conséquence du rapport en nature, est, à n'en pas douter, une mauvaise chose. Non pas que les tiers qui en souffrent soient en droit de réclamer une protection spéciale : en effet, lorsqu'ils ont traité avec le donataire, ils ont pu s'assurer que ses droits étaient résolubles et par suite, refuser de traiter avec lui s'il ne leur offrait pas de garanties suffisantes. Ce qui est fâcheux, c'est justement ce refus possible de la part

des tiers soucieux de leurs intérêts, quand on leur propose de traiter au sujet d'un bien dont la propriété est en suspens ; ce qui est fâcheux, c'est cette incertitude même des droits de propriété. Les rédacteurs du Code l'ont bien senti ; ils n'ont pas osé déclarer d'une manière générale que les droits consentis par le donataire subsisteraient ; peut-être ont-ils trouvé que le maintien d'une hypothèque ou d'une servitude n'était pas chose bien nécessaire, qu'il n'y avait pas à favoriser leur constitution : mais leur sentiment a été autre pour le droit de propriété ; ils se sont rendu compte que les entraves mises à la circulation des biens étaient une chose mauvaise, et ils ont adopté, après l'ancien droit d'ailleurs, une règle tout empirique, en contradiction formelle avec le principe de la résolution : quand le donataire aura aliéné l'immeuble donné, le rapport ne s'effectuera qu'en moins prenant (art. 860).

Dans des hypothèses non pas semblables, mais voisines, en matière de réduction, la loi admet que la remise effective de l'immeuble doit être faite à la masse, bien qu'il ait été aliéné ; mais elle impose à cette remise effective, la condition préalable d'une discussion des biens du donataire, en sorte que l'on ne peut se retourner contre le tiers acquéreur, que si le donataire n'a pas de biens en quantité suffisante, pour donner satisfaction aux réservataires. Or, rien d'analogue pour les hypothèques nées du chef du donataire ; elles s'éteignent par le fait de la

réduction, sans qu'on s'inquiète du point de savoir si l'on ne pourrait les laisser vivre, moyennant une caution fournie par le donataire aux réservataires ou tout autre procédé de garantie... C'est bien un même esprit qui a présidé aux solutions données dans les deux séries d'hypothèses.

Peut-être convient-il de regretter que le législateur n'ait pas cru devoir aller plus loin et que la résolution des droits du donataire entraîne presque forcément la résolution des hypothèques consenties par lui.

L'aliénation, bien entendu, pour autoriser la substitution du rapport en moins prenant au rapport en nature, doit avoir eu lieu avant l'ouverture de la succession. La succession ouverte, l'immeuble est réuni à la masse de la succession, les droits du donataire sont résolus. S'il aliène, il aliène une chose sur laquelle il n'a plus qu'un droit de co-propriété et l'aliénation ne peut pas valoir plus que si elle avait été consentie par l'un des autres héritiers. Si l'immeuble est mis au lot d'un autre, ou lui est adjudgé, par application de l'art. 883, les droits du vendeur sont censés n'avoir jamais existés, et par suite, l'aliénation tombe. Tout ce que pourra faire le tiers auquel une pareille aliénation aura été consentie, ce sera d'intervenir au partage afin d'en surveiller les opérations; il tâchera d'éviter que par une entente frauduleuse avec ses cohéritiers, son vendeur ne fasse mettre l'immeuble en question dans leur

part et empêche ainsi un lotissement qui aurait pour effet de consolider les droits qu'il avait essayé d'établir.

Peu importe que l'aliénation ait été consentie à titre gratuit ou à titre onéreux ; l'art. 860 ne contient aucune distinction à cet égard, et d'ailleurs il serait absolument contraire à l'esprit de la loi, qui évite toujours de laisser au donateur les moyens de révoquer une donation par lui faite, d'admettre ici la résolution d'une aliénation à titre gratuit.

Si l'immeuble aliéné était rentré d'une manière quelconque dans le patrimoine du donataire, il semble bien que le rapport en moins prenant deviendrait insuffisant ; le mode normal du rapport des immeubles est le rapport en nature ; si les intérêts généraux que le législateur veut protéger ici permettent de l'effectuer en nature, il doit s'effectuer en nature.

Quand le successible avantagé est devenu insolvable, ses cohéritiers ne peuvent se retourner contre les tiers acquéreurs. Il faut remarquer d'ailleurs que cette règle n'offre d'intérêt que dans une hypothèse : celle où l'immeuble donné à une valeur supérieure à la part héréditaire du donataire. Si l'immeuble a une valeur égale ou inférieure, le rapport en moins prenant assure aux cohéritiers une complète satisfaction ; mais quand il a une valeur supérieure, le successible donataire se trouve nanti d'abord de sa part de succession et de plus détient une fraction de l'actif héréditaire : ses cohéritiers se trouvent donc créanciers

d'une valeur égale à cette fraction ; au cas d'insolvabilité du donataire l'égalité va être lésée ; néanmoins la rédaction de l'art. 860, toute différente de celle de l'art. 930, ne permet pas de se retourner contre les tiers.

Et sans doute il n'y avait pas les mêmes raisons pour établir ici une règle analogue à celle admise en matière de réduction. La protection de la réserve était chose autrement importante que la protection de l'égalité entre cohéritiers, égalité que la volonté du *de cujus* peut rompre, et qui n'était peut-être pas aussi conforme à ses idées que la loi semble le supporter. D'ailleurs, il en serait différemment s'il avait pris ses mesures à cet égard, s'il avait inséré par exemple une clause de révocation expresse, ou fait une simple donation d'usufruit. Il en serait aussi tout autrement, si les cohéritiers non avantagés étaient des réservataires et que la réserve fût atteinte.

L'aliénation peut se présenter sous des formes particulières : ce sera, par exemple, l'application des art. 848 et 849 *in fine* : une donation immobilière a été faite à un successible, dont le fils, par représentation de son père, vient à la succession du donateur : a-t-il renoncé à la succession de celui qu'il représente, il n'en doit pas moins le rapport du bien donné mais il doit le rapporter en moins prenant, car il l'a aliéné par sa renonciation.

En second lieu, quand une donation est adressée à un successible marié sous un régime de commu-

nauté plus large que la communauté légale, il y a aliénation partielle de l'immeuble ; le successible venant à la succession du donateur ne pourra rapporter qu'en moins prenant. Il en sera évidemment de même quand la donation aura été faite avec la clause expresse que l'immeuble tombera dans la communauté (a. 1405, *in fine*).

Enfin, il y aura encore lieu au rapport en moins prenant, quand une constitution de dot a été faite avec la déclaration que l'estimation vaudrait vente, et le successible avantagé n'en sera dispensé que si le mari, aux termes de l'art. 1573, était dès lors insolvable et sans quelque moyen de gagner sa vie(1).

Il n'y a là que des applications de l'art. 860.

§ 4. — *Hypothèse où l'immeuble a péri par la faute du donataire.*

Il est une dernière hypothèse où l'obligation du rapport, quoique grevant un immeuble, ne s'exécutera pas en nature, mais en moins prenant.

1. Cet art. 1573 contient une solution assez remarquable ; il autorise en somme une dation en paiement. La femme doit toujours le rapport, mais au lieu de l'effectuer dans les termes ordinaires, elle sera libérée en mettant dans la masse à partager l'action qui lui appartient contre son mari. Cette opération vient toujours prendre la place d'un rapport en moins-prenant. Si le rapport est dû en nature, c'est que l'immeuble donné en dot est encore parmi les biens de la femme et elle n'a par suite pas à s'inquiéter de l'insolvabilité du mari.

Il s'agit du cas où l'immeuble a péri par la faute du donataire.

Ainsi que nous l'avons déjà dit, le successible donataire d'un immeuble est débiteur de la remise à la masse d'un corps certain ; débiteur sous une condition suspensive, l'acceptation de la succession : si l'objet donné vient à périr par cas fortuit avant l'événement de la condition, l'obligation est éteinte (art. 1182, 2^o), ou, pour mieux dire, elle ne prend pas naissance ; si l'immeuble vient à périr par cas fortuit depuis l'événement de la condition, l'obligation, qui a pris naissance, s'éteint, le débiteur est libéré.

Mais si l'objet vient à périr par la faute du donataire, après ou avant l'événement de la condition, et pourvu toutefois, en ce dernier cas, qu'elle se réalise, il devra exécuter son obligation par équivalent : nul ne se libère par son propre fait ; le rapport a lieu en moins prenant.

On s'est demandé si, dans le cas où l'immeuble avait péri par cas fortuit, mais où une indemnité était payée au donataire, pratiquement par une compagnie d'assurances, ce donataire ne devait pas le rapport de cette indemnité, représentative, dit-on, de la valeur de l'immeuble détruit.

La question s'est posée en termes presque identiques pour l'hypothèse où l'immeuble détruit était grevé d'hypothèques. La solution généralement suivie en droit et à défaut de stipulations, c'est que

le droit des créanciers hypothécaires est éteint ; on peut transporter ici cette solution : l'indemnité correspond plutôt aux soins pris par le donataire, aux primes payées par lui à l'assureur. L'immeuble a péri par cas fortuit, il est libéré de son obligation ; aucun rapport n'est dû.

§ 5. — *Du droit de rétention qui aux termes de l'art. 867 appartient au donataire.*

Notre ancien droit admettait encore le rapport en moins prenant des immeubles dans un autre cas.

Le rapport en nature de l'immeuble donné peut entraîner au profit du donataire une créance contre la succession, provenant des impenses qu'il a faites sur l'immeuble rapporté, et dont autrement la succession bénéficierait à ses dépens. Le texte formel de certaines coutumes (Paris, art. 305 ; Orléans, art. 306) donnait au donataire le droit, pour le cas où ses cohéritiers n'acquittaient pas cette dette, de retenir l'immeuble en prenant une part moins forte dans la succession.

Le Code civil prévoit lui aussi que les cohéritiers peuvent se refuser à acquitter ce qu'ils doivent ; c'est l'art. 867. Mais il ne parle pas du droit de retenir définitivement l'immeuble et sauf rapport en moins prenant. Il suppose que les sommes dues au dona-

taire seront payées un jour ou l'autre et admet seulement un droit de rétention jusqu'à l'époque du remboursement. On peut se demander ce qui se passerait si les cohéritiers s'obstinaient à ne pas payer : devrait-on toujours tenir la propriété de l'immeuble en suspens ? Nous croyons que la question ne peut pas se poser ; on la concevait dans l'ancien droit où la loi, semble-t-il, n'ouvrait que la voie de la rétention au donataire pour obtenir le remboursement de ses impenses (1) ; aujourd'hui il a certainement une action, il pourrait agir contre ses cohéritiers et obtenir satisfaction par une vente forcée... Il n'y a plus à redouter un état d'indécision fâcheux que le rapport en moins prenant seul pouvait faire disparaître.

1. Pothier, Succ., ch. IV, art. 2 § 7. Lebrun, L. III, chap. VI, S. III, n° 28.

CHAPITRE III.

DU RAPPORT DES LEGS.

Jusqu'à présent nous nous sommes toujours mis en présence d'un objet reçu par donation. Devrait-on faire les mêmes distinctions en ce qui concerne le mode de rapport, si l'on était en face d'un objet légué ? Nous trouvons là une grosse question.

Certains auteurs, s'attachant étroitement au texte de l'art. 843, ont vu dans la défense faite au légataire de réclamer le legs à lui fait, s'il n'y a clause de préciput, l'obligation pour lui de laisser l'objet légué dans la succession et par suite de faire comme un rapport en nature. Quoique l'on trouve dans la loi elle-même cette expression de rapport appliquée aux legs, il n'y a là qu'une locution abrégative ; ce qui subsiste, dit-on, dans l'art. 843, c'est en somme l'ancienne incompatibilité des qualités de légataire et d'héritier ; dès lors rien d'étonnant à ce que le législateur se borne à autoriser l'option entre les deux qualités ; la solution peut être critiquée, mais c'est celle de la loi (1).

La Cour de Caen, par un arrêt du 23 décembre 1879 (2) s'est ralliée à cette opinion ; elle a invoqué,

1. Aubry et Rau, VI. § 634. Texte et note 1.

2. S. 80, II, 329.

outre les motifs que nous venons d'indiquer, une considération économique assez intéressante : « Il « fallait, dit-elle, à la fois faciliter les donations entre-vifs qui favorisent la création de nouvelles familles, maintenir l'égalité entre les cohéritiers, « et ne pas mettre hors du commerce pour un temps « assez long les immeubles ainsi donnés : de là, la « possibilité de n'effectuer le rapport qu'en moins « prenant dans l'hypothèse de l'art. 859. Cette considération n'existe pas pour le legs ; de là, la règle différente établie par le législateur. »

On ne peut nier que ce motif aurait pu influencer le législateur, mais il est douteux qu'il ait frappé son esprit ; on n'en voit, en tous cas, aucune trace.

L'interprétation du texte de l'art. 843 semble du reste bien étroite ; le texte dit : « L'héritier doit rapporter tout ce qu'il a reçu par dons entre-vifs ; il « ne peut retenir les dons, ni réclamer les legs s'il « n'y a clause de préciput. » Si l'on doit entendre cette défense de réclamer le legs comme une défense de demander la remise de l'objet légué, sauf le cas de clause du préciput, il faut pareillement entendre la défense de retenir le don, comme une défense de garder l'objet donné, sauf toujours l'hypothèse du préciput. Or il est certain qu'il ne faut pas entendre ainsi cette partie du texte, que souvent le donataire garde la chose donnée, sans en réalité retenir le don. Par suite, il paraît bien que l'interprétation de la partie du texte relative au legs est inexacte.

En défendant de retenir le don, la loi songeait à l'opposition entre le don par préciput et l'avancement d'hoirie; elle entendait seulement défendre de retenir le bénéfice du don, elle proclamait l'obligation du rapport, sans s'inquiéter encore du point de savoir si l'objet donné devrait être rapporté en nature ou s'il suffirait de le rapporter en moins prenant. Et de même quand la loi défend de réclamer le legs, elle oppose le legs fait par préciput dont le légataire peut réclamer le bénéfice exclusif, au legs fait sans clause de préciput, et ne s'inquiète pas de déterminer quel sera l'effet produit par ce legs; tout ce qui résulte de ce texte, c'est que le légataire sans clause de préciput, pas plus que le donataire par avancement d'hoirie, ne peuvent prétendre garder ou prendre le bénéfice du legs ou du don. On ne s'occupe pas du point de savoir si l'objet légué devra être laissé en nature dans la succession, ou s'il pourra être remis au légataire sauf à celui-ci à moins prendre.

Quant à l'argument tiré de l'ancien droit, d'après lequel il y aurait encore incompatibilité entre les qualités d'héritier et de légataire, il suffit de faire voir que la théorie ancienne a été abandonnée sur le point essentiel pour montrer que l'on n'en peut argumenter.

Cette idée d'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de légataire, allait de soi jadis; le testateur ne pouvait aller contre, il ne pouvait que

laisser le choix entre les deux qualités ; au contraire aujourd'hui, le testateur peut léguer par préciput, permettre le cumul de la part *ab intestat* et d'un legs : que reste-t-il de l'idée ancienne ? rien ! cette incompatibilité ne repose plus que sur la volonté du testateur... Si le légataire ne peut réclamer le legs à lui fait, pour employer l'expression de l'art. 843, à moins qu'il n'y ait clause de préciput, c'est que l'on estime que le testateur n'a pas, en écrivant ce legs, entendu déroger à l'égalité entre les cohéritiers ; c'est une interprétation de volonté qui se justifiera peut-être parfois difficilement, mais ce n'est plus qu'une interprétation de volonté.

Aussi lorsque la question s'est posée devant d'autres tribunaux, n'ont-ils pas adopté la même solution que la Cour de Caen. En 1865, la Cour de Douai (1) admettait au profit du cohéritier légataire l'application *mutatis mutandis* de l'art. 859, le droit pour lui, de prendre l'immeuble légué, s'il existait dans la succession d'autres immeubles qui pussent former des lots pour ses cohéritiers. La Cour fonde sa décision d'une part sur ce que le droit du légataire à la chose léguée est né à son profit du jour même de la mort du testateur ; et d'autre part sur ce que les dispositions de la loi sur le mode de rapport sont générales et s'appliquent aussi bien au legs.

1. Douai 5 déc. 1865. S.⁵⁶, II, 233.

La Cour de Dijon, et après elle la Cour de Cassation, en 1879 (1), donnaient la même solution, en invoquant ces mêmes considérations, la généralité des règles sur le rapport et la naissance spontanée du droit du légataire.

Les Cours, comme on le voit, tiennent un grand compte de cette considération; l'art. 1014 donne au légataire un droit immédiat à la chose léguée; si l'effet du rapport ou de l'opération analogue, était, comme le veut la Cour de Caen dans l'arrêt précité, de neutraliser complètement la disposition testamentaire qui serait à considérer comme non avenue, il y aurait une opposition complète entre l'art. 843 et l'art. 1014, ce que l'on ne peut admettre.

Ainsi, d'après cette opinion, il faudrait traiter les legs absolument comme les donations; « les dispositions de la loi qui règlent les rapports sont conçues en termes généraux et s'appliquent aux legs comme aux donations » (2).

Il conviendrait peut-être d'aller plus loin; on a fait remarquer « que les articles qui traitent des rapports en moins prenant, ne parlent que des dons » (3); il en est ainsi de tous les articles qui traitent des modes de rapport. Lorsque la loi applique le terme de rapport à l'obligation qui pèse

1. Cass. 11 fév. 1879, D. 79, I. 297.

2. V. l'arrêt de Douai du 5 décembre 1865. — Dem. et Colmet de Santerre, III, 177 bis. I. — Demol. XVI, 303.

3. Arrêt de Caen du 23 décembre 1879.

sur le légataire, elle l'emploie *brevitatis causa*, dans un passage où l'usage de ce terme ne peut avoir aucune portée, quant à l'indication de la manière dont s'exécute l'obligation. Le plus souvent elle se sert de termes distincts (art. 843, 845). Aussi croyons-nous que l'assimilation absolue du legs et du don, quant à la manière dont le rapport ou l'obligation analogue doit s'exécuter, n'est pas absolument conforme à l'intention du législateur. Il faut admettre bien plutôt que le légataire, s'il accepte le legs, a le droit de demander la délivrance de l'objet légué, à charge par lui de prendre une part héréditaire moins forte.

Cette interprétation de la volonté du testateur, ne sera pas toujours satisfaisante, nous le reconnaissons : l'idée de préciput, seule, pourra parfois expliquer la disposition ; mais à l'égard du préciput, la loi veut une volonté expresse et par hypothèse, cette expression fait défaut. Cependant, entendre ainsi le legs fait au successible, c'est donner une interprétation raisonnable à la disposition, le plus souvent du moins ; or, nous sommes en une matière où l'on interprète la volonté du disposant du mieux que l'on peut ; l'exigence exceptionnelle de la loi à l'égard de l'expression de volonté relative à la dispense de rapport, ne saurait être étendue au mode de rapport.

On peut donc parfaitement admettre, semble-t-il, sans violer aucun texte, que le testateur, en écri-

vant un legs au profit d'un successible, a entendu que l'objet légué, tout en étant imputé sur sa part héréditaire, lui serait attribué ; il y a là comme un embryon de partage.

La critique qui pourrait être dirigée contre cette troisième solution, et que l'on fonderait sur le texte de l'art. 843 et l'expression *réclamer*, manquerait de base, nous croyons l'avoir montré.

Quant à dire que, si l'on ne fait pas les distinctions que l'on fait pour les dons entre vifs, on méconnaît l'obligation du rapport, imposée au légataire, il semble que ce soit exagérer : la loi étend l'expression de rapport au fait par le donataire de prendre dans la succession une part moins forte en abandonnant l'équivalent de ce qu'il a reçu par avancement d'hoirie : pourquoi ce même fait appliqué au legs ne constituerait-il pas pour le légataire, l'exécution du rapport ? Puisqu'il existe à la charge du légataire une obligation analogue à celle du rapport et que l'exécution de cette obligation n'est pas expressément réglée par la loi, le mieux est, pour effectuer ce règlement, de s'en référer à l'intention du testateur, souveraine maîtresse en la matière ; et il semble bien que l'on s'accordera avec cette volonté, en exigeant le rapport en moins prenant, ou pour parler plus correctement, l'imputation de l'objet légué sur la part héréditaire (1).

1. Troplong. *Donations et testaments*, II. 881.

CHAPITRE IV.

LE RAPPORT DES DETTES.

Les successibles ne doivent pas seulement le rapport des libéralités qu'ils ont reçues, ils doivent également, aux termes de l'art. 829, rapporter les sommes dont ils sont débiteurs.

On a beaucoup discuté sur les cas d'application et les effets du rapport des dettes. Nous n'avons pas à entrer dans l'examen de ces controverses.

Nous avons seulement à constater ici qu'il s'agit d'un rapport à effectuer, rapport d'une somme d'argent, chose fongible. Nous devons donc appliquer le mode de rapport seul applicable aux choses fongibles, le rapport en moins prenant.

Pour les cas exceptionnels où l'objet dû serait autre chose que de l'argent il faudrait de même quant au mode du rapport appliquer purement et simplement les règles posées pour le rapport des dons.

CHAPITRE V.

LE RAPPORT ET LA RÉDUCTION.

Le rapport et la réduction sont deux institutions bien distinctes, l'une ayant pour objet le maintien de l'égalité entre les cohéritiers, égalité qu'il est loisible au *de cuius* de rompre, l'autre ayant pour but de faire respecter par le *de cuius* les droits que donne sur ses biens une très proche parenté.

Toutes deux ont cet effet commun de faire rentrer dans la succession des biens qui ont passé antérieurement du patrimoine du *de cuius* dans le patrimoine d'un tiers. Mais le bien qui subit l'effet de la réduction ne peut jamais rentrer que tel qu'il est aujourd'hui : l'obligation qui grève le donataire est toute passive. L'obligation du rapport est d'une nature différente ; comme le fait observer un arrêt(1), le cohéritier astreint au rapport sait qu'il doit rapporter et par suite est tenu d'une manière plus étroite ; au contraire, le donataire auquel on fait subir la réduction a toujours pu croire que la quantité disponible n'était pas dépassée. Cependant, l'aspect commun aux deux institutions s'accroît

1. Cass. 26 avril 1870. S. 70. I. 377.

encore davantage si l'on est en présence d'une donation excessive adressée à l'un des successibles. La succession ne se compose plus, outre les valeurs restées aux mains du *de cujus*, que de la portion excédant la quotité disponible. Si le successible donataire se porte héritier, l'obligation qui va peser sur lui, dette de cohéritier envers ses cohéritiers et dont le paiement lui profitera à lui-même dans la mesure de sa part héréditaire, ressemblera beaucoup à l'obligation du rapport; et c'est bien l'expression qu'emploient de nombreux articles.

C'est qu'en effet, à examiner les choses d'un peu près, il y a là mieux qu'une analogie avec l'obligation du rapport. Le successible est grevé en réalité de deux obligations, dérivant l'une de l'institution de la réserve, l'autre de l'institution du rapport. Il y a lieu à réduction, et par conséquent les réservataires pourront invoquer les règles spéciales à la réduction; il y a lieu à rapport, et par conséquent il faudra appliquer les règles écrites pour le maintien de l'égalité entre les cohéritiers. Deux obligations viennent, pour ainsi dire, se greffer l'une sur l'autre, en sorte que les cohéritiers seront beaucoup mieux traités que s'ils invoquaient simplement l'institution du rapport à l'encontre de leur cosuccessible avantagé, beaucoup mieux que s'ils invoquaient l'institution de la réserve à l'encontre d'un étranger.

Ils feront remettre à la masse un immeuble aliéné par leur cohéritier pour la part excédant la quotité

disponible, en invoquant l'art. 930. Ils pourront exiger le rapport des meubles en moins prenant, ce qui peut être beaucoup plus avantageux que le retour à la masse des valeurs mobilières, telles quelles.

Non seulement l'action que les deux obligations exercent l'une sur l'autre entraîne des modifications à ce qui est le droit ordinaire des cohéritiers, mais la loi est expressément intervenue dans cette matière par les art. 866 et 924 ; ces articles ont soulevé bien des questions ; nous n'y toucherons que dans la mesure de ce qui nous intéresse.

L'art. 866 suppose un immeuble donné par préciput à un successible. Le successible étant héritier, et l'immeuble excédant la quotité disponible, il y a lieu à la fois à rapport et à réduction.

Deux hypothèses sont prévues au texte :

1° Ou le retranchement effectif de la part qui excède le disponible est possible, et alors, dit l'article, il doit s'opérer en nature. On fait observer que s'il n'y avait lieu qu'à réduction, ceci serait absolument exact ; un étranger devrait subir le retranchement en nature, mais puisqu'il y a lieu également à rapport, il faut ajouter cette restriction : à moins que l'on ne soit dans l'un des cas où le rapport des immeubles peut s'opérer en moins prenant. Il n'y a évidemment aucune raison d'exiger la remise matérielle à la masse de l'excédant dans ces hypothèses. L'art. 924 montre d'ailleurs qu'il y a lieu d'appliquer ici au moins l'art. 859, dont la

seconde partie détermine, ainsi que nous l'avons vu, l'un des cas du rapport en moins prenant des immeubles ; cet art. 924 permet au successible donataire de retenir sa part de succession sur le bien donné, quand il y a dans la succession d'autres biens de même nature : autrement dit, il autorise le rapport en moins prenant des immeubles, quand le rapport en est dû parce que la réduction a opéré son effet, dans le cas où il existe encore dans la succession quantité suffisante d'immeubles de même nature, valeur et bonté. Nous ne voyons pas dans l'art. 924 autre chose que l'application du droit commun à notre hypothèse.

2° Ou le retranchement ne peut s'opérer commodément en nature ; ici nous allons trouver une hypothèse toute nouvelle de rapport en moins prenant.

Il faut dans ce cas, aux termes de l'art. 866, comparer la valeur de la quotité disponible et la valeur totale de l'immeuble, et suivant que celle-ci excédera celle-là ou inversement, il y aura lieu à la remise effective de la totalité de l'immeuble à la masse, sauf droit du donataire à une valeur égale à la quotité disponible, ou bien simplement au rapport en moins prenant de l'excédant.

Le droit commun voudrait que l'on procédât à une licitation sur le produit de laquelle le donataire prendrait une somme égale à la valeur de la quotité disponible, il n'y aurait donc pas à proprement parler lieu à rapport en moins prenant.

Telle est, croyons-nous, l'influence des deux institutions l'une sur l'autre ; on prend en somme le maximum des effets de chacune, pour les faire se produire à la fois.

Sur un point spécial, il convient peut-être de faire une réserve ; il s'agit de la prestation des intérêts de la somme due par le successible auquel a été adressé une donation précipitaire excessive ; la Cour de Cassation, par l'arrêt que nous citons plus haut, a admis que l'on appliquerait au successible la règle la plus favorable, celle écrite pour la matière de la réduction. Nous reviendrons sur les motifs qui ont dicté cette décision, mais comme ce sont des motifs tout spéciaux, nous ne croyons pas qu'ils puissent empêcher d'admettre l'idée générale que nous venons d'indiquer.

CHAPITRE VI.

LE RAPPORT ET L'IMPUTATION DUE PAR LES ENFANTS NATURELS.

Sur les confins de la théorie de la réduction et de celle des rapports nous trouvons une institution qui a un caractère bien à elle, mais qui offre de grandes analogies avec l'une et avec l'autre de ces deux théories : c'est la théorie de l'imputation qui est due par les enfants naturels (art. 760).

L'analogie entre l'imputation et le rapport apparaît dans les termes mêmes de l'art. 760; et en effet il y a là une obligation qui naît entre cohéritiers (*lato sensu*).

Cependant, il n'est pas nécessaire d'examiner les choses de bien près, pour voir paraître les différences; le rapport a pour but de sauvegarder l'égalité entre les cohéritiers : l'imputation a un but essentiellement autre, celui de maintenir intacts les droits de la famille légitime en face de l'enfant naturel. En sorte que l'imputation se dresse aussi bien contre le *de cujus* que contre l'enfant naturel, et que le disposant n'en peut pas plus dispenser le donataire que celui-ci ne peut s'y soustraire par une renonciation. Et dès lors l'institution semble plutôt emprunter ses

caractères à l'institution de la réserve : c'est une réserve établie au profit de la famille légitime (1).

Cependant, et c'est là ce qui, séparant l'imputation de la réduction, en fait une théorie nouvelle, on y prend en considération la qualité de celui à qui la libéralité s'adresse, et ce que l'on protège, c'est la légitimité du lien qui unit le réservataire (*hoc sensu*) au disposant, plutôt que ce lien lui-même. Mais cette différence indiquée, il n'en résulte pas moins que l'institution de l'imputation offre plus d'analogies avec l'institution de la réserve qu'avec celle du rapport.

Seulement, ici encore, nous nous trouvons dans cette situation spéciale que les droits des réservataires ont à s'exercer à l'encontre d'un cohéritier, en sorte qu'ils doivent pouvoir invoquer les principes du rapport dans ce qu'ils leur offrent de plus favorable : les deux institutions semblent se fondre, et c'est ce qui explique la rédaction de l'art. 760, comme celle de l'art. 866. On appliquera donc les règles du rapport, et en outre les règles de la réduction, si celles-là n'assurent pas une satisfaction suffisante aux intérêts des héritiers légitimes.

Comment s'effectuera ce rapport ? Comme le rapport entre les cohéritiers ordinaires, croyons-nous ; la loi a employé, il est vrai, un autre terme, celui d'imputation, et l'on en a induit qu'elle voulait que

1. V. Dem. et Colmet de Santerre, III, 79 bis. 1.

le rapport s'effectuât toujours par une imputation, c'est-à-dire en moins prenant. Mais nous ne croyons pas qu'un mot puisse entraîner des conséquences si graves ; les principes de la réduction n'expliqueraient pas cette modification aux règles ordinaires du rapport. L'idée qui est la base de l'imputation, « protection de la famille légitime », ne semble pas l'expliquer davantage. La réduction s'opère d'ordinaire en nature, parce que c'est la meilleure manière, tout en protégeant suffisamment le droit des réservataires, de ne pas imposer au donataire une charge injuste. Quand l'idée d'égalité fait son apparition, on demande parfois au donataire le rapport en moins prenant, mais seulement si la loi estime que ce mode de rapport sauvegardera mieux cette égalité qu'il s'agit de préserver. Peut-on admettre qu'en notre matière, combinaison d'idées de la réduction et du rapport, il faut toujours effectuer le rapport en moins prenant, là même où la loi estime que le rapport en nature est plus conforme au but poursuivi ? Cette solution semble donc un peu extraordinaire et devrait pour se faire accepter, avoir une autre base qu'un simple mot.

Les règles à suivre sont donc les mêmes que celles que l'on suit au cas où un successible, ayant reçu par préciput une donation excessive, doit subir la réduction sous forme de rapport. Seulement les règles exceptionnelles contenues dans la seconde partie de l'art. 866 ne devront pas être observées.

Une observation doit être également faite : elle se rattache à ce qu'il y a de propre à l'imputation, à l'impossibilité pour le donateur de dispenser de l'imputation : les articles 848 et 849 disposent que les donations faites au père et à la mère ou au conjoint du successible sont présumées faites avec dispense du rapport. Que l'on prenne ces articles à la lettre ou qu'on y voie simplement l'application de la règle que l'on doit seulement le rapport de ce que l'on a vraiment reçu, ils sont inapplicables en notre matière ; en effet, il ne s'agit plus de savoir s'il y a lieu à rapport ou non : il s'agit de la sanction d'une règle d'incapacité ; il faut donc appliquer l'art. 911, écrivant une présomption d'interposition de personnes, déclarer la donation nulle pour ce qui dépasse la quotité dont on ne peut disposer aux termes de l'art. 908 et exiger l'imputation du surplus.

DEUXIÈME PARTIE.

Fonctionnement du rapport en moins prenant.

Le rapport en moins prenant, ainsi que son nom l'indique, se réalise par l'attribution au cohéritier d'une part d'autant moins forte que le don à lui fait a été plus considérable.

CHAPITRE I.

DES PROCÉDÉS DONT L'EMPLOI CONSTITUE UN RAPPORT EN MOINS PRENANT.

§ 1. — *Des prélèvements qui peuvent être opérés par les cohéritiers du donataire envisagés comme procédé normal pour effectuer le rapport en moins prenant.*

On peut arriver à ce résultat par divers procédés à l'égard desquels toute latitude est laissée aux copartageants; mais il ne faut pas oublier que si ceci est parfaitement exact des majeurs, d'accord entre eux, dès qu'il s'agit de mineurs, ou si des contestations s'élèvent entre majeurs, le juge ne peut procéder à l'attribution des parts que sur la désignation du sort.

Par suite, il faut employer de toute nécessité, un procédé qui permette d'employer le tirage au sort (1).

Nous trouvons une application de ces dernières idées dans cet arrêt de la Cour de Douai que nous avons déjà cité (2). Il s'agissait d'un legs d'immeuble, sans clause de préciput ; le légataire désirait que l'immeuble légué lui fût remis, et il demandait en conséquence que l'on divisât la succession en deux parts, la part contenant le bien légué lui devant être attribuée.

La Cour repoussa les conclusions du demandeur sur ce point : dans tout partage qui intéresse un mineur, les articles 466 et 834 C. C. exigent impérativement que les lots soient tirés au sort ; le juge ne peut y substituer un partage d'attribution.

Le légataire n'obtint satisfaction, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, qu'en prétendant par ses conclusions subsidiaires que la succession contenait d'autres immeubles d'égale valeur, que l'article 859 devait être appliqué, que par conséquent il devait prélever les immeubles à lui légués, le mineur devant se contenter d'un prélèvement analogue opéré sur les immeubles restant.

La loi, en effet, dans son art. 830, indique le pro-

1. Cependant il semble que, par dérogation à cette idée, les représentants d'un incapable puissent à l'amiable, et sauf l'homologation du Tribunal, opérer les prélèvements destinés à balancer l'avantage fait au cohéritier débiteur du rapport. — Dem. et Colmet de Santerre, III, 162 *bis*, III.

2. Douai, 15 décembre 1865. S. 66. II. 233.

cédé de prélèvement comme procédé normal, pour effectuer le rapport en moins prenant. Elle formule à ce propos un vœu que l'on retrouve à propos de toutes les opérations du partage : elle désire que le prélèvement se fasse en objets de même nature, qualité et bonté. C'est la même pensée qui a dicté l'art. 832 qui veut voir « entrer dans chaque lot « la même quantité de meubles, d'immeubles, de « droits ou de créances de même nature ou valeur ; » c'est la même pensée qui n'admet l'application du rapport en moins prenant aux immeubles que dans le cas où « chacun des autres cohéritiers peut avoir « dans son lot un immeuble de même nature, valeur « et bonté. » La loi veut l'égalité dans les partages, et pour que les parts soient égales, il ne suffit pas qu'elles aient une égale valeur ; il faut encore qu'elles aient une composition semblable.

Des héritiers qui se trouvaient à la fois astreints au rapport comme donataire, et créanciers de la succession, ont prétendu compenser ce qu'ils devaient avec ce qui leur était dû.

L'intérêt peut être grand et apparaît facilement : en supposant que le passif de la succession dépasse l'actif, l'héritier créancier obtiendra un paiement intégral de sa créance et de plus il conservera le droit comme héritier de prendre sa part sur les biens que pourront rapporter ses cohéritiers. Ce résultat est-il admissible ?

En 1866, la question s'est posée devant la Cour

de Cassation(1) ; il s'agissait de savoir si une créance qui avait été liquidée postérieurement à l'ouverture de la succession pouvait se compenser avec une dette liquide dès l'ouverture de la succession, rapport d'une somme donnée. La Cour répondit affirmativement en se fondant notamment sur le principe de la rétroactivité du partage.

Mais il semble que la compensation ne soit possible que si la créance que l'on prétend compenser avec la dette peut servir à acquitter cette dette(2). — Or ici la créance est réservée aux héritiers, à l'exclusion des créanciers de la succession, d'une manière expresse dans l'art. 857. La compensation était donc impossible.

Ce fut ce qui apparut à la Cour dans une autre affaire (3) : la compensation est un paiement ; le paiement de la somme due à l'héritier ne peut pas être réalisé avec une valeur qui ne se trouve valeur héréditaire que par suite du rapport effectué (art. 857) ; invoquer la compensation serait opérer le paiement interdit par la loi. Depuis, une Cour d'appel (4) a eu l'occasion de faire application de ces idées, que d'ailleurs la Cour de Paris avait émises

1. Cass., 28 fév. 1866. S. 66. I. 183.

2. V. la note sous l'arrêt précité. L'annotateur appuie le principe qu'il pose sur l'art. 1893 dont la disposition est peu explicable, et ne saurait être invoquée ; mais ce principe se justifie de lui-même.

3. D. 67, I, 310.

4. Toulouse, 2 juillet 1886. *Gaz. Palais* 1887, I. Suppl., p. 403.

dès 1843 (1), et qui avaient été formulées par les auteurs (2).

§ 2. — *Théorie qui indique comme procédé normal pour effectuer le rapport en moins prenant le versement d'une somme d'argent.*

On conçoit que le cohéritier qui a reçu un avantage entre-vifs offre à ses cohéritiers de remettre à chacun d'eux une somme représentant leur quote-part dans la valeur qu'il a reçue du défunt. On ne peut pas dire qu'il y a là un rapport en moins prenant ; il n'y a même pas, à proprement parler, un rapport, mais c'est en somme un équivalent exact, et l'on s'explique que l'art. 869 donne cette qualification à une telle opération.

Dans quel cas le successible astreint au rapport peut-il exécuter ainsi son obligation ? On a prétendu qu'il le pouvait toujours, du moment qu'il ne devait rapporter qu'en moins prenant. Son obligation ne consistant plus en l'obligation de remettre l'objet même qu'il a reçu à la masse, il n'y a plus pour lui, a-t-on dit, qu'une obligation de somme d'argent, et cette obligation s'exécute en apportant à la masse à partager une somme égale ; ou bien, ce qui revient identiquement au même, en prenant une part moins forte dans le numéraire de la succession, s'il y en a une quantité suffisante.

1. D. 50, II, 167. — D. 43, II, 514.

2. Demolombe, T. XVI, § 299, 4^e éd. V. égal. Laurent, T. XI, n° 33.

Si le numéraire de la succession est insuffisant et que le donataire ne puisse ou ne veuille pas verser de l'argent à la masse, il exécutera le rapport en abandonnant valeur équivalente du mobilier, ou, à défaut, d'immeubles. Ce sera toujours une dation en paiement ; l'exécution n'est vraiment adéquate à l'obligation qui pèse sur le donataire astreint au rapport en moins prenant, que quand ce donataire paye en argent, soit par une sorte de compensation (en moins prenant dans le numéraire de la succession), soit par un effectif versement de deniers. C'est l'application à tous les rapports en moins prenant de l'art. 869 (1).

Il est aisé de voir qu'il y a là une théorie sur l'exécution du rapport en moins prenant, fort différente de celle que nous avons indiquée en tête de ce chapitre.

Est-elle conforme à la loi ? Est-il exact de dire que l'obligation de celui qui doit le rapport autrement qu'en nature est toujours et dans toutes circonstances une obligation de somme d'argent ?

Et d'abord s'il en était ainsi, on ne s'expliquerait guère l'exigence de la loi qui veut, pour autoriser le cohéritier donataire d'un immeuble à ne pas rapporter en nature, qu'il y ait dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers (art. 859). Cette observation est si puissante, qu'elle a fait abandonner

1. Marcadé, art. 869, n° 1.

sur ce point à bien des auteurs, la théorie que nous venons d'exposer et qu'ils ont admis que le donataire d'immeubles doit toujours l'immeuble donné. Aux cas de rapport en moins prenant, il n'y a qu'un règlement particulier qui intervient, par lequel l'immeuble donné est mis dans le lot du donataire. Et il en est de même, que le rapport de l'immeuble se fasse en moins prenant en vertu de la première des hypothèses que nous avons indiquées, ou en vertu des autres. Si l'immeuble a péri par la faute du donataire, ou s'il a été aliéné par lui, le cohéritier n'en a pas moins un immeuble dans sa part ; il est vrai qu'il ne l'a plus au jour du partage, mais ce résultat lui est imputable, et il ne peut en tirer argument pour prétendre que le partage qui lui refuse un immeuble est un partage violant l'égalité.

A plus forte raison en doit-il être ainsi, quand il s'agit d'un immeuble donné avec dispense de rapport ; tout, sans doute, est abandonné à la volonté du disposant, mais quand il y a simple dispense de rapport en nature, le cohéritier a touché par avance la part à laquelle il avait droit dans les immeubles de la succession et il ne peut demander qu'on lui fasse une nouvelle part immobilière.

Mais en abandonnant, en ce qui concerne le rapport des immeubles, l'idée que le donataire n'est débiteur que d'une somme d'argent, ces auteurs l'ont conservée en ce qui concerne le rapport des meubles. Ils estiment que « c'est de l'argent que le

« donataire du mobilier est censé avoir reçu (1) ». Ils en concluent que le donataire peut, ou bien abandonner une part suffisante du numéraire de la succession, pour les prélèvements de ses cohéritiers ; ou bien, au cas d'insuffisance du numéraire de la succession, soit rapporter en numéraire la valeur estimative dont il est débiteur, soit abandonner des biens héréditaires dans l'ordre indiqué par l'art. 859.

Cette opinion intermédiaire nous semble encore méconnaître manifestement le vœu de la loi.

Nous l'avons indiqué plus haut, ce que la loi désire, c'est l'égalité parfaite entre les copartageants, et cette égalité ne peut être obtenue que si l'on compose de manière sinon identique, du moins analogue, chacun des lots. Sans doute on n'exige pas le rapport en nature du mobilier à raison des difficultés de toute espèce que cette opération soulèverait. Mais il n'en est pas moins exact de dire pour les meubles, comme nous l'avons dit pour les immeubles, que le donataire a reçu sa part ou portion de sa part de meubles, et qu'il a mauvaise grâce à venir offrir une somme d'argent pour prendre de nouveau du mobilier, au risque de n'en laisser qu'une quantité insuffisante à chacun de ses cohéritiers. Il faut s'empresse de reconnaître d'ailleurs que la difficulté ne se présentera sans doute pas en pratique sous cet aspect ; les cohéritiers ne sont pas pressés d'ordinaire de prendre des meubles en abandonnant du

1. Demolombe et Colmet de Santerre, III. 203 bis. III.

numéraire, Mais sous l'autre face, elle peut se rencontrer : les cohéritiers auxquels est dû le rapport pourraient vouloir que le débiteur abandonnât ses droits sur le numéraire, même quand il a reçu des meubles corporels ; la loi n'a pas dû admettre ce résultat, qui en général serait désavantageux pour le donataire. Ainsi le donataire de meubles doit des meubles de même nature que ceux qu'il a reçus ; le rapport s'opérera en moins prenant, c'est-à-dire que, des meubles auxquels il a droit en sa qualité d'héritier, il abandonnera une portion ; ce n'en sera pas moins un rapport en meubles. Il n'y a pas de raisons pour ne pas appliquer dans la mesure du possible, l'art. 830, 2° qui donne, semble-t-il, la même règle pour les meubles et pour les immeubles.

Nous restreignons donc sans hésiter l'application de l'art. 869, au cas où il s'agit de rapport proprement dit de sommes d'argent ; abandon de numéraire héréditaire, ou au cas d'insuffisance, apport de la somme due, ce qui ne constitue nullement, est-il besoin de le faire remarquer ? un rapport en nature ; faculté dans cette dernière hypothèse d'abandonner du mobilier ou même des immeubles héréditaires, au lieu d'apporter du numéraire (1).

L'abandon doit se faire dans l'ordre indiqué par la loi, du mobilier d'abord, puis des immeubles. Elle ne donne cet ordre, il est vrai, que parce qu'elle trouve les immeubles préférables en principe aux

1. Demol. XVI, 533. — Aubry et Rau. VI, § 634, texte et note 12.

meubles. Si tous les cohéritiers sont majeurs et d'accord, rien n'empêche que l'abandon se fasse autrement. Mais si les mêmes raisons qui font que l'héritier débiteur du rapport préfère abandonner des immeubles poussent les cohéritiers créanciers du rapport à ne pas vouloir de ces immeubles, ou s'il y a des mineurs, l'ordre indiqué devra être nécessairement suivi.

§ 3. — *Du procédé à appliquer au cas où il s'agit de rapporter une dette.*

Faudrait-il appliquer ces règles au rapport des sommes dues, et non pas données? l'art. 869 ne parle que de sommes données.

Le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant. Si le numéraire de la succession est insuffisant, l'apport de la somme due en numéraire est le procédé tout indiqué. Nous pensons même que les cohéritiers seraient en droit de l'exiger : le cohéritier débiteur ne pourrait proposer d'abandonner des meubles ou des immeubles jusqu'à due concurrence. Il y a là en somme un mode de paiement tout exceptionnel, qui n'est écrit que pour les sommes données et qu'on ne saurait étendre aux sommes dues. — Et c'est qu'en effet la situation du donataire débiteur du rapport est plus favorable; cela est d'évidence, et l'on conçoit qu'il ait été mieux traité.

CHAPITRE II.

DÉTERMINATION DE LA VALEUR A RAPPORTER.

SECTION I. — *Détermination du capital dont le rapport est dû.*

On doit rapporter, dit d'une manière générale l'art. 843, tout ce que l'on a reçu du défunt.

L'application de cette règle soulève, en somme, peu de difficultés quand il s'agit d'un rapport en nature : la remise à la masse de l'objet donné est toujours chose assez simple. Les difficultés, au contraire, sont grandes quand il s'agit du rapport en moins prenant. Il faut déterminer quelle valeur sera, somme toute, l'objet du rapport. Et on conçoit qu'en dehors même des difficultés que peut présenter l'évaluation de la chose donnée ou de l'avantage fait au successible, la détermination du mode d'après lequel devra se faire cette évaluation soulève bien des questions.

Et d'abord à quelle époque se placera-t-on pour apprécier la valeur de l'avantage fait? La loi donne une règle différente suivant que le rapport est dû d'un immeuble ou d'un objet mobilier.

§ 1. — *Évaluation du capital à rapporter au cas où il s'agit de donations mobilières.*

I. — Pour les sommes d'argent, la valeur à rapporter, c'est la valeur numérique elle-même. Peu important donc les variations dans la valeur des espèces.

La règle contenue dans l'art. 1895 est, en effet, générale et doit s'appliquer à toutes les dettes de somme d'argent. C'est la consécration du vieux principe romain, qui ne considérait dans les espèces monnayées que la quantité, c'est-à-dire la valeur nominale et non la valeur intrinsèque (1). Ce qui n'est peut-être très conforme ni aux lois économiques ni à l'équité (2), mais ce qui s'accorde, semble-t-il, avec les nécessités de la vie sociale.

Les variations dans la valeur des espèces monnayées n'ont point été sensibles, en général, pour les simples particuliers, depuis la rédaction du Code ; aussi les difficultés qui auraient pu surgir sur l'application de l'art. 895 à la matière du rapport, ne se sont-elles pas produites. — Il en a été autrement pour le papier-monnaie. On sait qu'au commencement de ce siècle, le papier-monnaie avait subi une dépréciation considérable ; des donataires qui avaient reçu des valeurs nominale-ment fortes

1: Pâpinien fr. 94 § 1, *De solutionibus*. Paul, fr. 1, *De Contrahenda Emptione*.

2: Pothier. Du prêt de consommation.

en papier-monnaie, quand il s'est agi de rapporter, ont prétendu qu'ils devaient rapporter la valeur réellement reçue, non la valeur nominale; les tribunaux ont dû faire application de la règle que nous venons d'indiquer (1).

II. — S'il s'agit de donation de meubles corporels, la valeur à rapporter est celle qu'avait le mobilier lors de la donation. A bien examiner les choses, l'avantage que retire un donataire d'une donation est de toute la valeur qu'avait la chose donnée au moment même où on la donne. Si l'usage que l'on en fait amène des détériorations, si, en définitive, elle a beaucoup perdu lorsque l'obligation du rapport prend naissance, la valeur qui a passé d'un patrimoine dans un autre, qui, par suite, doit être rapportée, n'en est pas moins celle qui a existé au début (2).

On peut dire, il est vrai, que si l'objet donné était resté dans le patrimoine du donateur, les mêmes causes de diminution de valeur l'auraient sans doute atteint et que, par suite, la valeur dont est privée la succession ne peut pas être plus forte que celle qui se retrouve en réalité dans le patrimoine du donataire.

Cette observation paraît assez juste et il est probable que si le législateur a admis la fixation défini-

1. Cass. Req. 25 décembre 1814.

2. Arrêt de la Cour de Riom, 25 janvier 1830.

tive de la valeur à rapporter au jour de la donation, c'est qu'il a voulu éviter les difficultés très grandes qui se présentaient avec toute autre solution, les mêmes difficultés qui se rencontraient avec le rapport en nature et que nous avons signalées au début de ce travail.

Il faudrait si l'on rapportait l'objet mobilier, sur le pied de la valeur au jour de l'ouverture de la succession tenir compte des diminutions de valeur dues au fait du donataire et qui lui étaient imputables. Or, cette évaluation, difficile déjà quand il s'agit des immeubles, devient tout à fait impossible si on veut l'appliquer aux meubles. D'autre part, si on néglige de la faire, que devient l'obligation du rapport ? Ce sont là, il faut le reconnaître, des considérations suffisantes pour expliquer une décision qui, nous allons le voir, peut entraîner des conséquences fort dures pour le donataire.

La conséquence en effet de cette idée que la valeur à rapporter doit être définitivement fixée au jour de la donation, c'est que les variations que subira par la suite la valeur de l'objet donné, fussent-elles considérables, alassent-elles jusqu'à l'anéantissement de cette valeur, demeurent indifférentes aux cohéritiers du donataire ; lui seul en subira les effets. En revanche, et par une sorte de compensation, les augmentations de valeur dont bénéficient les choses données profitent au donataire quand elles sont dues au pur hasard, tout comme elles lui profiteraient si elles étaient dues à son industrie,

III. a. — Nous avons vu qu'il n'y avait pas lieu de distinguer au point de vue du mode de rapport entre les donations de meubles corporels et celles de meubles incorporels.

Mais les variations brusques et considérables dans la valeur, sont plus fréquentes pour les meubles incorporels et rendent par suite plus sensibles les inconvénients de la règle ; d'autant plus que les donations mobilières importantes sont en général des donations de meubles incorporels. Cette règle blesse parfois en fait l'égalité qu'elle cherche à réaliser, en imposant un rapport trop lourd au donataire ; c'est ce qui s'était produit dans l'espèce jugée par la Cour de Nîmes en 1828 ; les valeurs données au fils aîné en 1780 et 1790, rentes sur l'état de Languedoc et sur le clergé, avaient, lorsque dut s'effectuer le rapport, en 1814, subi de fortes diminutions par suite des événements politiques qui s'étaient produits depuis la donation.

Et en sens inverse il peut très bien se faire que le successible ait reçu un meuble dont la valeur ait considérablement augmenté : nous avons vu ce fait se produire dans l'espèce soumise à la cour de Cassation en 1879. La valeur évaluée 180,000 en 1866, s'était trouvée portée à 760,000 en 1876. Dans ce cas sans doute, les difficultés ne vinrent pas des donataires qui se soumirent équitablement comme nous l'avons dit, à un rapport en nature ; mais leur droit était de ne rapporter que 180,000, alors qu'en

réalité ils avaient une valeur beaucoup plus considérable. Et c'est la constatation de ce qui était le droit des donataires qui amena la prétention de l'enregistrement. Les donateurs qui veulent éviter pareils résultats, peuvent le faire en insérant une clause de rapport en nature ou plus simplement en écrivant que l'estimation de la valeur à rapporter devra se faire au jour de la succession.

On ne peut sans doute pas sous-entendre une telle clause. Cependant il semble qu'il y a des hypothèses où l'on devra faire entrer en considération la nature du bien à rapporter, quand on voudra connaître l'intention du testateur et changer d'après elle le mode de rapport.

C'est ce que le notaire liquidateur avait tenté de faire dans l'espèce que nous rappelions à l'instant (arrêt de Cass. 9 février 1880). Il avait indiqué que l'intention bien connue du *de cujus* étant le maintien de l'égalité entre ces enfants, il fallait recourir à un procédé de rapport qui assurât cette égalité quant aux valeurs données qui avaient pris une plus-value si considérable : cette considération obtint en partie gain de cause, puisque l'administration se contenta d'un droit gradué de délivrance de legs, estimant qu'il y avait un legs verbal de préciput, sur moitié de la plus value attribuée au frère non avantagé entre vifs... Et l'on eût peut-être obtenu mieux s'il n'y avait eu dans les contrats de mariage contenant les donations, la clause : Il y aura dona-

tion par préciput au besoin, de la plus value des valeurs données. — C'est là, semble-t-il, une clause d'usage, qui a pour but d'éviter toute difficulté entre cohéritiers au sujet du rapport, quand une plus-value s'est produite ; ici, elle fit considérer strictement que le rapport était dû uniquement de 180,000 ; peut-être en son absence eût-on pu admettre que l'évaluation n'était pas indicative de la valeur à rapporter, et que le rapport en nature était plus conforme aux intentions du *de cujus*, ce qui aurait entraîné comme conséquence, le rejet des prétentions de l'enregistrement.

Une telle intention chez le disposant se présumera, nous avons vu que cela est admissible, quand il s'agira de meubles incorporels qui semblent devoir se conserver en nature.

Ce seront tout d'abord les droits que le donateur aura concédé contre lui-même ou sur ses biens. Peut-être en pourra-t-il être de même pour les droits contre les tiers, lorsque ces tiers sont de simples particuliers ; car alors ces droits ne sont pas des objets de spéculation, ils ne peuvent pas être vendus aisément ; si soucieux que soit le donataire de ses intérêts lorsque des doutes le prennent sur la bonté du placement ainsi opéré, il ne peut guère songer à se défaire de ces valeurs ; tout au moins, du temps va s'écouler avant qu'il ait trouvé preneur, les accidents qu'ils redoutait peuvent s'être produits, et sa vigilance ne lui aura servi à rien.

Dans ces conditions, l'un des motifs qui nous paraissent avoir agi le plus sérieusement en faveur de l'application au mobilier incorporel du mode de rapport en moins prenant, intéresser davantage le donataire à la bonne administration du bien donné, ce motif tombe absolument.

A l'égard des créances à terme et conditionnelles on admet en général que le rapport en moins prenant est dû de la valeur déterminée, non pas au jour de la donation, mais au jour de l'exigibilité. Il y a là un tempérament équitable que la loi n'indique pas, mais que l'on peut, ce semble, regarder comme étant dans l'intention du disposant. Il en serait autrement si la valeur de la créance avait été évaluée au moment de la donation.

b. — L'appréciation doit donc être faite, aux termes de l'art. 868, au moment même où la donation a lieu. Elle est rendue facile par l'exigence de la loi, en matière de donations mobilières ; l'art. 948 veut qu'à l'acte de donation soit annexé un état estimatif, dès lors il est tout naturel de se référer à cet état pour apprécier la valeur dont le rapport est dû, et c'est ce que fait l'art. 868.

Ce n'est pas à dire toutefois que l'on soit définitivement lié par cet état. Les cohéritiers peuvent parfaitement prétendre que l'estimation a été mal faite et réclamer une nouvelle évaluation. C'est ce qui apparaît dans les considérants d'un arrêt de la Cour

de Douai, repoussant d'ailleurs en fait la prétention des héritiers (1).

Mais il est possible que cet état n'existe pas, soit qu'il n'en ait pas été fait, soit qu'il ait été perdu.

Quand un état n'a pas été dressé, la donation en général est nulle (art. 948). Mais alors si celui auquel la donation était adressée n'est plus débiteur de la restitution comme héritier astreint au rapport d'un don, il se trouve débiteur de la restitution comme ayant reçu ce qui ne lui était pas dû, comme héritier astreint au rapport d'une dette.

Il s'agira d'évaluer la valeur à rapporter : c'est bien évidemment comme minimum la valeur telle qu'elle existait au jour de la donation. En effet, ou le prétendu donataire était de bonne foi, croyait recevoir une donation valable, mais il ne peut réclamer l'application des règles moins rigoureuses, dont bénéficierait un étranger, sujet passif de l'action en répétition (simple restitution du prix de vente au cas de perte par cas fortuit, restitution de l'objet en nature, au cas de détérioration sans qu'il y ait faute de sa part, art. 1379) ; car sa bonne foi repose sur une erreur de droit, sur l'ignorance d'une règle écrite, en partie du moins, pour protéger justement ceux contre lesquels il invoque sa bonne foi. Il faudra donc, aux termes de l'art. 868, recourir à une appréciation rétrospective de la valeur de l'objet.

Ou bien au contraire le prétendu donataire était

1. Douai, 1^{er} avril 1840.

de mauvaise foi, et nous croyons que dans cette hypothèse, les règles rigoureuses des art. 1378 et 1379 sont applicables : restitution des intérêts ou fruits de jour de la remise de l'objet, restitution en nature de l'objet en tenant compte des dégradations et détériorations.

C'est-à-dire que, sauf en ce qui concerne les intérêts, il faudra recourir, comme le veut l'art. 868, à une estimation au jour de la prétendue donation pour savoir ce que doit restituer le prétendu donataire. Ce n'est que dans le cas de plus-value que les cohéritiers auront à se prévaloir de ces articles, pour demander la remise à la masse en nature.

Malgré les termes de l'art. 948, la donation qui a eu lieu sans qu'un état ait été dressé, n'est pas forcément nulle. Les donations manuelles et les donations déguisées sont considérées comme valables sans l'accomplissement de cette formalité. Dans cette hypothèse, il faudra bien recourir à l'évaluation des objets donnés au jour de la donation.

Il en serait de même si l'état avait été perdu.

IV. — A l'égard du rapport des avantages indirects, il faut également se placer au moment où l'avantage est fait pour apprécier quelle valeur doit être rapportée. Par suite, peu importent les variations postérieures dans la valeur du bien qui a été l'occasion de l'avantage ; la valeur à rapporter est définitivement fixée. C'est la conséquence de l'idée que le rapport se fait en moins prenant.

Application a été faite de cette règle par de nombreux arrêts. Entre autres on peut citer un arrêt de rejet du 23 juin 1851 (1); il constate que le rapport de l'avantage résultant pour le successible de la démission donnée par le *de cujus* de ses fonctions de maître de poste, doit se faire sur le pied de la valeur qu'avait cet office lors de la démission du *de cujus* et de la nomination du successible ; non pas de la valeur au jour du décès du *de cujus* : l'office avait beaucoup perdu en 1851, par suite des modifications résultant de la création des chemins de fer dans le mode de transport des voyageurs.

Un arrêt plus récent de la Cour de Riom (2) fait encore l'application de ces règles à l'hypothèse d'une vente d'immeuble à vil prix.

La jurisprudence admet, avons-nous vu plus haut, que le rapport est dû pour les avantages faits aux successibles avec des fruits des biens héréditaires ; quand ces avantages du moins se présentent sous un certain aspect ; aussi la difficulté que nous venons de signaler s'est-elle produite à propos du rapport dû pour l'avantage retiré durant la vie du *de cujus* par suite d'un bail consenti à un successible pour un prix au-dessous du taux courant ; le taux des locations s'étant beaucoup accru, le notaire liquidateur

1. S. 32. I. 374.— Nous avons déjà cité cet arrêt comme admettant le rapport en moins prenant des meubles incorporels. Il s'agit en effet d'un avantage indirect portant sur un meuble incorporel ; en sorte que l'on pouvait soutenir que le rapport devait avoir lieu soit du meuble, soit de l'avantage retiré.

2. 28 juillet 82. D. 83, II, 48.

et après lui le Tribunal de Péronne, puis la Cour d'Amiens avaient cru devoir se placer à l'époque du décès du bailleur pour calculer à quel chiffre s'élevait l'avantage retiré par le successible ; on s'appuyait pour ce mode de calcul sur l'art. 922 qui parle de l'évaluation des biens au jour du décès du donateur. La Cour de Cassation (1) s'est empressée d'écarter cet article, étranger en effet à la matière des rapports ; elle rappela qu'un bail, qui serait consenti moyennant un prix représentant la valeur réelle de l'immeuble au jour même du bail, ne présenterait aucun avantage susceptible de rapport, quel que pût être le revenu à l'époque du décès du bailleur ; l'avantage à rapporter ne peut donc consister que dans la différence entre le prix stipulé et la valeur réelle au temps du bail.

Dans l'application du rapport aux avantages résultant d'une renonciation à un usufruit, une autre difficulté s'est produite. D'après ce que nous venons de voir décider par la Cour de Cassation pour la matière du bail, il semblerait que le calcul de l'avantage indirect et par suite de la valeur à rapporter, dût se faire uniquement au moment de la renonciation ; qu'on dût envisager par suite la valeur de l'usufruit auquel il a été renoncé. C'est ce que firent en 1867 (2) la Cour de Toulouse et en 1868, la Cour d'Agen.

1. C. 29 juillet 1863. S. 64, I, 79.

2. S. 68, II, 405.

Dernièrement la Cour de Limoges (1) et implicitement la Cour de Cassation (2) en rejetant le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour d'appel, ont adopté un autre système. « Ce n'est pas, dit la Cour de Limoges, le droit d'usufruit qui est rapportable ; il est éteint ; — c'est l'avantage qui a été procuré au successible. Il n'y a donc pas à se livrer à des calculs hypothétiques sur la valeur du droit d'usufruit, il n'y a qu'à déterminer la valeur des fruits perçus qui seule doit être rapportée. »

Cependant la Cour n'exige pas le rapport de cette valeur intégrale ; elle fait notamment une déduction à raison de « l'accroissement de dépenses qu'aurait nécessairement amené dans la maison du *de cujus* l'augmentation de revenus et de fortune produite par l'usufruit. » On voit que la Cour n'écarte pas complètement ces calculs hypothétiques auxquels elle ne veut pas se livrer.

On ne peut nier qu'il y ait un point de vue exact, quoiqu'un peu subtil, dans la distinction entre le droit d'usufruit et l'avantage que l'on en a retiré ; ce que la Cour oublie, c'est que ce n'est pas tout l'avantage retiré par le successible de la renonciation faite qui doit être rapporté, mais seulement cette partie de l'avantage qui constituait véritablement une libéralité. Or, pour savoir ce qui, dans une renonciation à un droit d'usufruit, droit de va-

1. 19 février 1884. D. 84, II, 209.

2. 27 octobre, 1886, *Gaz. Pal.* 87, I, 276.

leur tout éventuelle, constitue une libéralité, il faut bien se reporter à l'époque où cette libéralité a eu lieu, évaluer par suite l'usufruit.

En sorte que la solution adoptée par la Cour de Toulouse nous paraît préférable, plus conforme aux principes du rapport qui n'est dû que pour les profits retirés de la libéralité et non pour les profits dus par le successible au pur hasard, plus en accord enfin avec la règle générale sur l'évaluation de la valeur au jour où l'avantage indirect a eu lieu.

§ 2. — *Évaluation de la valeur à rapporter au cas où il s'agit de donations immobilières.*

En matière de donations immobilières, le rapport en moins prenant n'est qu'une *facultas solutionis*, ou bien la conséquence d'une nécessité. Il ne se substitue au rapport en nature qu'au dernier moment : c'est seulement au jour de l'ouverture de la succession, en principe du moins, que l'on saura à quoi s'en tenir à cet égard. Par suite, l'on conçoit que le donataire d'un immeuble continue à être traité comme le débiteur de l'immeuble même ; ce qu'il doit, c'est indemniser ses cohéritiers de la non présence de l'immeuble donné dans la succession... la valeur à rapporter, c'est la valeur actuelle de l'immeuble.

D'ailleurs, si l'on se souvient des motifs mis en avant pour justifier l'évaluation de la valeur à rap-

porter au jour de la donation, on verra qu'aucun de ces motifs ne se retrouve ici ; le but de l'institution du rapport est le maintien de l'égalité ; l'égalité n'exige qu'une seule chose, la remise de la succession en l'état où elle aurait été, si la donation n'avait point eu lieu, c'est-à-dire sinon le rapport en nature, du moins le rapport de la valeur actuelle de l'objet donné.

I.— Il n'y a guère de difficultés à redouter quand le rapport en moins prenant s'effectue sur la demande du donataire, grâce à la présence dans la succession d'une masse immobilière suffisante pour lotir les autres cohéritiers. L'immeuble à rapporter est encore dans les mains du donataire ; au cas de dissentiment, une expertise arrivera assez aisément à apprécier sa valeur.

Cependant, il ne faut pas oublier que certaines additions et certains retranchements peuvent être nécessaires pour la détermination définitive de la valeur à rapporter.

D'après ce que nous disions, en effet, tout à l'heure, ce que doit le donataire à ses cohéritiers, c'est une valeur qui les dédommage de la non présence de l'immeuble dans la succession ; le rapport en moins prenant est ici l'équivalent exact du rapport en nature.

Or, si le rapport en nature avait été effectué, il eût fallu procéder à ces règlements de compte auxquels nous venons de faire allusion. Si l'on veut

avoir un autre aspect de la même idée, on peut dire que le rapport a pour but de remettre la succession au même point que si la donation n'avait point eu lieu ; il faut donc faire abstraction dans la fixation de la valeur à rapporter de ce qui est dû au fait personnel du donataire.

On devra donc comparer la valeur actuelle à la valeur ancienne, déduire la plus value due aux impenses utiles, ou les impenses seulement si la plus value dépasse les impenses faites ; déduire encore les impenses nécessaires (art. 860, 861) adjoindre une indemnité représentant les diminutions de valeur dues à la faute du donataire, (art. 863) et c'est la valeur obtenue à la suite de ces opérations qui constitue la valeur à rapporter. Le quantum de l'indemnité doit être déterminé au jour du partage ; c'est à cette époque que le donataire exécute son obligation, qu'il remettrait l'immeuble à la masse, si l'exécution était effective ; c'est donc l'application du droit commun. Il faut ajouter que c'est à cette même époque que l'on se place pour apprécier la valeur des autres immeubles, et qu'il était indispensable d'adopter un même jour pour toutes ces opérations afin d'avoir une composition de lots véritablement égale. On apprécie les impenses dont il doit être tenu compte au donataire (art. 861), à la même époque : c'est seulement de la plus value subsistant à ce moment que les cohéritiers sont appelés à bénéficier et à l'égard de laquelle ils doivent véritable-

ment une indemnité à leur cohéritier, pour ne pas s'enrichir à ses dépens.

Si l'immeuble a péri par cas fortuit, le rapport cesse, bien entendu, d'être dû par le donataire. C'est un débiteur qui doit un objet et qui a la faculté de se libérer par le versement d'une certaine somme : l'objet dû venant à périr, la dette est éteinte.

Cependant le donataire devrait rapporter à la masse une certaine valeur, si avant la perte de l'immeuble il lui avait fait subir des dégradations dont il avait retiré un bénéfice. A bien prendre, il naît à la charge du donataire, au moment où il réalise ce bénéfice illicite, une obligation de quantités, accessoire sans doute de l'obligation de corps certain à l'occasion duquel elle est née, mais qui ne saurait s'éteindre avec la perte de ce corps certain.

II. — Dans l'hypothèse où le rapport en moins prenant est une conséquence d'une clause de l'acte de donation, la question qui se pose est de savoir quelle a été au juste la volonté du donateur ; elle pourra résulter de l'estimation de l'immeuble faite dans l'acte, par exemple... Ce n'est que dans le cas où elle ne ressortirait en rien des dispositions du donateur que l'on devrait songer à y suppléer ; et il semble qu'alors s'impose l'application des règles que nous venons d'indiquer pour l'hypothèse où le rapport en moins prenant est dû à l'existence d'autres immeubles dans la succession.

III. — Le donataire doit-il le rapport en moins

prenant, parce que l'immeuble a été aliéné? Ici encore pour déterminer la valeur qui doit être rapportée, il faudra procéder à une double estimation; l'une se placera au jour de la donation, comme dans les précédentes hypothèses; mais l'autre estimation, aux termes de l'art. 860, devra être faite de la valeur de l'immeuble au jour de l'ouverture de la succession, non plus au jour du partage. On ne s'explique vraiment pas trop la substitution d'une époque à l'autre. L'époque du partage pour apprécier la valeur à rapporter était indiquée, puisque c'est à ce moment que l'égalité doit exister entre les cohéritiers.

Il est vrai qu'il n'y avait plus, comme dans le premier cas, de comparaison à faire avec d'autres immeubles, qui eux, doivent être appréciés au moment du lotissement. Mais ce qui constituerait une raison valable pour retourner à un principe auquel cette circonstance particulière aurait entraîné une exception, ne suffit plus pour faire exception à un principe que en réalité cette circonstance particulière ne faisait que justifier encore plus.

Il y a là une innovation, car l'ancien droit admettait l'évaluation au jour du partage. Cette innovation entraîne par une conséquence nécessaire l'estimation au jour de l'ouverture de la succession et non plus au jour du partage, des plus-values ou des diminutions de valeur dont les cohéritiers ne doivent pas bénéficier ou qu'ils ne doivent pas

subir. On en a douté : et en effet la combinaison de l'art. 864, spécial à notre hypothèse, et des art. 861, 862 et 863, articles généraux et auxquels l'art. 864 renvoie, semble conduire à repousser toute distinction ; l'art. 861 débute même par ces mots : *dans tous les cas*. Mais il ne faut pas donner à ces termes un sens qu'ils ne peuvent avoir : ils ne veulent pas dire qu'il faut toujours se placer à l'époque du partage pour apprécier la plus-value ; ils veulent dire qu'il faut toujours tenir compte de la plus value... il n'y a qu'à lire l'article pour s'en assurer. On ne peut vraiment mettre à la charge de la loi l'incohérence que supposerait une telle disposition, et il est plus sage de s'attacher pour toutes ces opérations à l'époque de l'ouverture de la succession (1).

Dans cette hypothèse, ce n'est plus seulement de son fait, dont le donataire aura à répondre ; aux termes de cet article 864, et doit répondre également du fait de son ayant-cause, c'est-à-dire que les diminutions de valeur dues au fait de l'acquéreur doivent être appréciées au jour de l'ouverture de la succession et ajoutées à l'évaluation de l'immeuble pour obtenir la somme à rapporter (2).

1. Demolombe, XVI, 521.

2. Il semble bien que le donataire n'aurait de ce chef aucun recours contre son ayant-cause. Il y a là quelque chose de tout à fait indifférent à celui-ci. Si donc le donataire veut éviter une perte possible, il doit prendre ses mesures à cet égard dans l'acte de vente.

Il faut, en sens inverse, déduire les plus-values dues au fait du tiers acquéreur, absolument comme si elles avaient été obtenues par le donataire lui-même.

On le voit, le prix de vente est absolument étranger à la détermination de la valeur à rapporter ; le donataire peut perdre ou gagner beaucoup, sans que ses cohéritiers aient à s'en préoccuper : il y a là une opération dont tous les risques restent à sa charge. C'est ainsi qu'il peut avoir vendu l'immeuble un bon prix et n'avoir absolument rien à rapporter à la succession. En effet, il est resté débiteur d'un corps certain ; si ce corps certain vient à périr entre les mains de l'acquéreur, le donataire est libéré de l'obligation du rapport ; mais il n'en garde pas moins le prix qu'il a touché : les cohéritiers demeurent étrangers à l'opération qu'il a faite. Cependant ici, une observation est nécessaire ; le règlement de la valeur à rapporter se faisant au jour de l'ouverture de la succession et non plus au jour du partage, il semble que si la perte de l'immeuble se produit entre l'ouverture de la succession et le partage, elle ne libérera pas le donataire de l'obligation du rapport. Comme on l'a dit, au jour de l'ouverture de la succession, son obligation s'est transformée, et d'une obligation de corps certain, est devenue une obligation de quantité.

Tout ce qui précède indique bien qu'il importe peu, pour qu'au rapport en nature se substitue le rapport en moins prenant, que l'aliénation ait lieu

à titre gratuit ou à titre onéreux. Le successible astreint au rapport ne pourra pas objecter qu'il ne lui reste rien de l'objet donné ; il a toujours les droits d'un donateur. En sens inverse et s'il a fait sa donation à ses enfants, par exemple, les cohéritiers ne pourront objecter qu'il y a là un moyen trop simple de se soustraire au rapport en nature.

Rien de tout ce qui précède n'est applicable aux aliénations imposées au donataire. Ainsi, si l'immeuble est l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique, le donataire cesse de devoir le rapport d'un immeuble, il ne doit plus que le rapport d'une somme d'argent. La Cour de Cassation (1) a eu à faire l'application de cette idée contre un donataire qui prétendait ne pas rapporter la totalité de l'indemnité touchée, mais seulement une somme représentant la valeur actuelle de l'immeuble exproprié ; elle écarte l'application des articles relatifs au rapport des immeubles en général ; la substitution des règles du rapport en moins prenant aux règles du rapport en nature a pour but d'éviter de soustraire une masse considérable de biens à la circulation, considération sans aucune valeur quand il s'agit de l'expropriation. Il ne reste plus qu'une chose, c'est que l'héritier doit rapporter à ses cohéritiers tout l'avantage qu'il a retiré de l'objet donné.

Est-il nécessaire de faire observer que cette règle,

1. Cass. 17 mai 1876. D. 76, I, 498.

fâcheuse dans certaines hypothèses pour le donataire, lui sera parfois favorable, si par hasard l'immeuble exproprié a pris une plus-value considérable? c'était, d'ailleurs, la solution ancienne (1); dès le jour où l'immeuble est exproprié, le rapport est dû d'une quantité et non plus d'un corps certain; il s'ensuit que la valeur à rapporter est définitivement fixée, à l'abri de toutes causes de variation. Il en serait de même quelle que fût la cause de la dépossession du donataire, du moment qu'elle n'est pas volontaire, ou qu'elle n'a pas son origine dans un acte de sa volonté; nous appliquerions donc les mêmes règles à l'hypothèse du rachat de l'immeuble qui avait été vendu à réméré, à celle d'une résolution des droits du donataire pour une cause provenant du fait du donateur, à celle d'une rescision pour lésion de plus de sept douzièmes; le cohéritier, dans tous les cas, ne devrait rapporter que ce qu'il aurait reçu, mais le devrait quoi qu'il se soit passé par la suite.

On appliquerait, au contraire, les règles générales si l'aliénation avait été le résultat d'une saisie: la vente est bien forcée, mais a son principe dans un acte émanant de la volonté du donataire.

II. — Nous avons indiqué incidemment en l'appliquant aux hypothèses de rapport en moins prenant, que la règle de l'art. 1302 exerçait son action sur l'obligation du successible donataire. La face inverse

1. Pothier. Successions. Ch. 4, art. 2, § 7, n° 5.

de cette règle trouve également son application ici ; le donataire n'est pas libéré de son obligation, quand la perte de la chose donnée lui est imputable à faute. Mais alors, et c'est une nécessité, son obligation ne s'exécutera pas en nature, mais par équivalent, il rapportera en moins prenant. Ici, en fait, l'évaluation de la valeur à rapporter présentera de sérieuses difficultés. Il faut savoir ce que vaudrait l'immeuble s'il n'avait point péri.

Ce que vaudrait l'immeuble *au jour du partage* ; on a bien dit que pour cette appréciation on devrait se placer au jour de l'ouverture de la succession ; on n'en voit pas trop la raison.

Nous sommes en présence ici, non pas tant de l'obligation de rapporter la chose donnée s'exécutant sous forme de rapport en moins prenant, que de l'obligation de rapporter une somme due à titre d'indemnité pour la faute qui prive la succession d'un immeuble. Dès lors, pour savoir ce qui doit être rapporté, pour fixer quelle somme est due à titre d'indemnité, il faut se placer au moment où les cohéritiers souffrent de la non présence de l'immeuble dans la succession, c'est-à-dire au moment du partage.

Si notre point de vue est exact, le point de départ de l'évaluation à laquelle il faudra procéder, c'est le préjudice que subissent les cohéritiers, et on devra appliquer les règles générales sur la prestation des dommages-intérêts ; on pourrait donc allouer aux

cohéritiers à titre d'indemnité, une somme plus forte que ne le serait la somme, représentation de la valeur de l'immeuble au jour du partage, s'ils prouvaient que cet immeuble, par suite d'une circonstance particulière, avait pour eux plus de valeur qu'il n'en offrait d'une manière générale.

Il résulte de tout ceci qu'il y a ici, non pas précisément un cas de rapport en moins prenant d'un immeuble, mais bien plutôt un cas de rapport en moins prenant d'une somme d'argent, et nous devons en déduire une conséquence intéressante : s'il résultait des faits que le donataire eût été libéré de son obligation par suite d'un cas fortuit en supposant que l'immeuble n'ait pas déjà péri, ces faits ne pourront être invoquées par lui, il demeurera tenu.

SECTION II. — *Des fruits et des intérêts.*

Les fruits et intérêts des valeurs à rapporter sont acquis aux donataires pour la période qui précède l'ouverture de la succession. Nous n'avons donc pas à nous en occuper. Au contraire, pour l'époque qui suit l'ouverture de la succession, l'héritier doit compte à la succession des fruits et des intérêts. — C'est en effet à ce moment que l'obligation du rapport doit s'exécuter ; et si l'héritier continuait à gagner les fruits, l'égalité serait violée. La valeur des fruits produits par les immeubles, estimés d'après les règles des art. 585 et 586, vient donc s'ajouter

à l'évaluation de la valeur à rapporter faite au jour du partage. Au cas où l'évaluation est faite au jour de l'ouverture de la succession, ce ne sont plus les fruits dont on a à rechercher la valeur estimative ; ce sont des intérêts au taux légal qui doivent être prestés ; alors en effet, l'obligation du successible donataire s'est transformée en une obligation de somme d'argent.

Il en sera de même pour l'hypothèse examinée en dernier lieu d'une somme d'argent due, au cas où l'immeuble donné a péri par la faute du donataire, et aussi dans toutes les autres hypothèses de rapport en moins prenant.

Il n'y aurait même pas à distinguer probablement suivant qu'il s'agit de rapport de sommes données ou de rapport de sommes prêtées : c'est ce que jugeait la Cour de Cassation le 15 février 1865 (1). Nous admettrions peut-être un tempérament : si la dette est le résultat d'un contrat à titre onéreux, il conviendra de ne pas exiger les intérêts pour le temps écoulé entre l'ouverture de la succession et le partage ; bien mieux, il conviendra d'accorder une compensation à l'héritier, s'il est dépouillé avant le terme fixé, de la somme à lui prêtée. Rien n'empêchera d'ailleurs le juge, pour le règlement de ces comptes, d'établir une compensation entre les valeurs que les cohéritiers peuvent se devoir les uns

1. 26 avril 1870 S. 70 I. 377.

aux autres, à titre de rapport, en sorte que les intérêts ne courent ni d'un côté ni de l'autre (1).

Une difficulté se présente au cas où l'obligation qui pèse sur le cohéritier est à la fois une obligation de rapporter et une obligation de subir la réduction. La règle en ce qui concerne les fruits n'est en effet pas la même pour les deux institutions. On sait quelle est la règle pour le rapport : pour la matière de la réduction elle est contenue dans l'art. 928 ; les fruits ne sont dus que du jour de la demande, à moins que celle-ci n'ait été formée dans l'année du décès. Il en est de même pour les intérêts de somme d'argent, quoique l'article ne s'y applique pas d'une manière parfaite. On s'est demandé s'il fallait dans l'hypothèse que nous indiquons recourir aux règles de la réduction, ou à celle du rapport. La Cour de Cassation a fait application après la Cour de Lyon, des règles de la réduction. « Peu importe, dit la
« Cour, que le donataire vienne à la succession com-
« me héritier ou qu'il y reste étranger ; on ne peut
« induire du terme de rapport employé par l'article
« 844 que dans cette hypothèse particulière, les in-
« térêts sont dûs au jour de l'ouverture de la succes-
« sion. La règle de l'art. 856 s'explique par des
« motifs tout particuliers, l'impossibilité pour le do-
« nataire d'ignorer l'obligation qui pèse sur lui ;
« le donataire astreint à la réduction est tout au

1. S. 65. I. 225.

« contraire jusqu'au dernier moment en droit d'es-
« pérer qu'il ne sera pas réduit ».

Nous avons déjà signalé cet arrêt et indiqué que, statuant sur un point spécial, par des motifs spéciaux, il ne pouvait être produit comme contraire à la théorie générale que nous adoptions.

Il faut reconnaître, en effet, que dans l'hypothèse qu'il prévoit, il y a forte raison d'hésiter à appliquer les règles de la réduction ; nous sommes en présence d'un donataire qui ne doit le rapport que parce qu'il subit la réduction. Les motifs spéciaux qui ont permis d'exiger les fruits et intérêts du jour de l'ouverture de la succession en matière de rapport, font donc défaut ici : il ne pouvait pas plus prévoir le rapport qui allait lui être demandé que la réduction qu'il allait subir, l'un n'étant que la conséquence de l'autre ; dès lors la règle particulière à la réduction doit l'emporter, puisque la règle propre au rapport n'a plus sa raison d'être. Il en est autrement pour les autres règles du rapport fondées sur un motif beaucoup plus général, le maintien de l'égalité. Sans doute, dans notre hypothèse on retrouve encore ce motif général, mais primé par le motif particulier que nous avons indiqué, et qui n'est après tout que la traduction de l'idée qui domine dans toute la matière de la prestation des intérêts : les intérêts sont dus du jour où l'on a su que l'on devait restituer.

POSITIONS

Droit romain.

I. — L'*actio legis Aquiliæ* n'était pas une *condictio*.

II. — Il était possible à tout demandeur de transformer sa prétention et d'intenter une *condictio certi*, par l'évaluation qu'il faisait lui-même du montant de sa créance.

III. — Le cumul des condamnations au profit d'un demandeur titulaire de deux actions était admis quand les deux actions avaient leur base dans un délit.

IV. — La responsabilité contractuelle limitait en règle générale la responsabilité délictuelle.

V. — Il ne faut pas distinguer trois séries d'actions *legis Aquiliæ* : *directa*, *utilis*, *in factum* ; mais, le plus souvent, l'*act. utilis* est une *act. in factum*, et l'action *in factum* dont les textes parlent sans autre désignation est une action *in factum* subsidiaire de l'action de dol.

VI. — L'*intercessio* peut se réaliser par toute opération juridique, même par une aliénation.

VII. — A toutes les époques de droit romain, le mari a eu la propriété des biens dotaux.

VIII. — Les mineurs de vingt-cinq ans, même depuis Marc-Aurèle, n'étaient pourvus d'un curateur général que sur leur demande.

IX. — La *præscriptio longis temporis* de l'hypothèque fonctionne à côté de la *pr. long. temp.* de la propriété, et d'une manière indépendante.

X. — Le débiteur solidaire a droit à la cession d'actions de la part du créancier qui le poursuit pour le tout, même contre ses codébiteurs *non socii*.

Droit français.

I. — Le rapport des legs s'effectue en moins prenant.

II. — Le rapport des meubles incorporels s'effectue en moins prenant.

III. — Un héritier, débiteur du rapport envers ses cohéritiers et créancier de l'hérédité, ne peut invoquer la compensation.

IV. — La dispense de rapport contenue dans l'art. 856 s'applique aux donations de revenus ou d'usufruit.

V. — Les successeurs irréguliers ne sont tenus des dettes que *intra vires successionis*.

VI. — La prescription extinctive ne s'applique pas à l'action en revendication.

VII. — Malgré le refus du père, les aïeuls ont, sous le contrôle des tribunaux, le droit de visiter, et même de se faire amener chez eux, leurs petits-enfants.

Droit criminel.

I. — La division des infractions à la loi pénale contenue dans l'art. 1^{er} du Code pénal est générale et s'applique même aux infractions contenues dans des lois spéciales, quelle que soit la qualification que celles-ci leur donnent.

II. — La juridiction civile est seule compétente pour trancher la question préjudicielle de la nullité d'un des mariages contractés par un individu poursuivi pour bigamie.

Le Président,
GÉRARDIN

Vu pour le Doyen,
L'assesseur,
J. E. LABBÉ

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

- Laval. — Imprimerie et stéréotypie E. JAMIN, rue de la Paix, 41.
